Jur. pract. 79 p
Gensler

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Handbuch

zu

D. Christoph Martins Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Processes,

in einzelnen Abhandlungen,

von

D. Johann Caspar Gensler,

Geheimen Justizrath, ordentl. öffentlichem Lehrer der Rechte, Ordinarius des Spruchcollegii der Juristenfacultät, auf der Grosherzoglich Badischen Ruprecht - Karolingischen Universität zu Heidelberg, und Assessor der mineralogischen Gesellschaft zu Jena.

Erster Theil.

Zweite verbesserte Auflage.

Jena,

im Verlage der Crökerschen Buchhandlung

1821.

120 D.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorrede

Nichts weniger als die egoiſtiſche Ueberzeugung, durch den Druck beſonderer Abhandlungen zu Martins Lehrbuch des teutſchen gemeinen Proceſſes würde ich zu der Ausbildung dieſes Zweiges der Rechtskenntnis einen erheblichen Beitrag liefern, leitete mich bei jenem Unternehmen, ſondern die Verlegenheit, die Vorleſungen über jenen Theil der Rechtswiſſenſchaft in der kurzen Zeitfriſt von vier bis fünf Monaten ſo zu beendigen, daſs die Wünſche der Zuhörer befriediget werden, und das Pflichtgewiſſen des Lehrers ſich beruhiget findet. Academiſche Lehrer des erſten Ranges haben auf teutſchen Univerſitäten die Gewohnheit eingeführt, ihren Zuhörern einen Theil des Vortrags in die Feder zu dictiren, und der Studirende überzeugte ſich bald, daſs ihm jene Lehrart beſonders den Fortſchritt in dem betretenen Gebiet einer ſolchen Wiſſenſchaft

erleichtere, welche, wie die Lehre der poſitiven Geſetze, ſtändige Realpunkte zum Gegenſtand hat, dieſe mithin als die Grundlage metaphyſiſcher Reflexionen betrachten muſs.

Wohl! es mag jene Lehrweiſe auf ihrem Werth beruhen. Auch wird dieſer ſich nicht abſprechen laſſen, inſoferne Maas und Ziel gehalten wird, und ſich halten läſst. Allein eben dieſes iſt die ſchwere Aufgabe. Kurze, allgemeine, ideale Bemerkungen machen oft den Zuhörer nicht klüger, wenn er nicht zugleich mit dem realen Theil der Wiſſenſchaft bekannt gemacht wird, über welche jene Metaphyſik ein Licht verbreiten ſoll. In dem Lehrbuch ſelbſt findet man vielleicht das Poſitive und Specielle, in der Meinung einer gedrängten Kürze, unter das Allgemeine mit vornehmen Worten gezwängt, die der in dieſem Felde noch nicht bewanderte Zuhörer dunkel findet, und die den Lehrer nöthigen, den unklaren Nimbus zu entfernen, um den verſchleierten trivialen Satz blos zu ſtellen.

Will alſo der Lehrer dem Bedürfnis ſeiner Zuhörer überall Genüge leiſten, will er dabei deren Wunſch befriedigen, für das academiſche Privatſtudium ein zweckmäſiges Material zu ſpenden, ſo muſs er das acade-

academische Lehramt durch die, so traurige als lästige, Rolle eines fast unaufhörlich dictirenden Wesens entwürdigen, oder der Gefahr sich aussetzen, die Vollendung des auf eine kurze Zeit beschränkten Vortrags schuldig zu bleiben. Wie insonderheit ist es möglich, die Theorie des Processes, zumal wenn man mit Martin so manches hineinziehet, was in den Vorlesungen über die Pandecten des Römischen Rechts entwickelt wird, oder als Gegenstand der practischen Collegien im engsten Sinne sich sondern läſst, als ein einfaches Collegium, auf welches der Zuhörer täglich nur Eine Stunde verwenden will, in jener kurzen Frist anders, als durch freien Vortrag, mit einiger Vollkommenheit zu erläutern? — Verwendet man auch nur die Hälfte der Zeit auf das Dictiren, so wird doch immer entweder dessen Product, oder der mündliche Vortrag, dürftig erscheinen. Und wie nachtheilig ist es für das wissenschaftliche Studium der academischen Lehrlinge, wann diese des Auffassens aus einem freien Vortrage des Docenten sich gänzlich entwöhnen, und von diesem jede merkwürdige Aeusserung vorgesungen wissen wollen, um es mit Bequemlichkeit den Heftschätzen beizufügen. Auf diesem Wege wird

wird das Selbstdenken verdrängt — der zierlichste Schreiber hält sich für den gelehrtesten Studenten, und glaubt sich durch die Aufbewahrung eines gebundenen Heftes sowohl des eigenen Nachdenkens enthoben, als gegen den Ankauf und das Studium ausführlicher literarischen Werke gesichert. Dieser unangenehmen, das Lehramt verleidenden, Lage mich zu entwinden, faßte ich den Entschluß einen Theil desjenigen, was ich zum Behuf meiner Vorlesungen über Martins Lehrbuch niedergeschrieben habe, dem Druck zu übergeben und meine Zuhörer, nach vorgängigem freien Vortrag des Inhalts, auf den gedruckten Buchstaben zu verweisen. Für meine Zuhörer also ist das Product bestimmt, nicht für Meister der Wissenschaft. Daß es auch diesen dienlich werde, kann ich um so weniger hoffen und bezwecken, weil ich aus meinem Heft nur die längern, für das Dictiren besonders beschwerlichen, Niederschriften aushebe und resp. *erweitere*, ohne Rücksicht darauf zu nehmen, ob irgend eine neue Darstellung in ihnen enthalten ist, oder ob jene nur das *nach meiner eigenen Ansicht* wiedergeben, was in ausführlicheren Werken bereits mit mehr Aufwand oder Schein

Schein von Gelehrſamkeit dargeſtellt wurde. Immer bleibt mir noch ein anſehnlicher Vorrath ſolcher Zuſätze zu Martins Lehrbuch übrig, welche ich im Laufe der Vorleſungen der Feder meiner Zuhörer mittheile, und es kann ſeyn, daſs manche jener ungedruckt bleibenden Bemerkungen des Drucks eher für würdig erachtet würden, als das, was ich jetzt hierzu beſtimme und während des Laufes der Vorleſungen der Preſſe eilig übergebe. *Zeit* will ich gewinnen *zu* dem freien Vortrag und *durch* dieſen, und mein Zweck iſt erreicht, wann jenes Unternehmen denen nützlich wird, die mich als ihren academiſchen Lehrer wählen. Jena im May 1814.

Johann Caspar Gensler.

Vorrede zur zweyten Auflage.

Eine bedeutende Erweiterung der Abhandlungen dieſes Handbuchs ſchlieſset deſſen in der Vorrede zur erſten Auflage angegebener Zweck aus. Verbeſſerungen aber wird man in dieſer zweyten Auflage finden. Der zweyte Theil wird nun bald nachfolgen.

Heidelberg im März 1821.

Johann Caspar Gensler.

Inhalt.

I. Proceſsgeſetze — Proceſs — practiſche Geſetze — Praxis.

II. Giebt es einen *vertragsmäſigen* Proceſs? Darf der Richter nach *fremden* Geſetzen ſprechen?

III Weſentliche Beſtandtheile (Subſtantialien, Eſſentialien) des bürgerlich Civilproceſſes. Deſſen Grundmaxime.

IV. Connexität, (Zuſammenhang, Verwandtſchaft) formelle, materielle, Hauptſache. Nebenſachen. Vorbereitende, — präjudicielle, — Incident-Puncte.

V. Legitimationen, inſonderheit legitimatio ad cauſam — Rechtfertigung, Befugnis, zur Sache.

VI. Proceſs-Koſten, deren Erſtattung, Compenſation u. ſ. w.

I.

I.

Abhandlung

Zu §. 1.

Proceſsgeſetze — Proceſs — practiſche Geſetze — Praxis.

Die poſitiven Geſetze ſind von der Staatsgewalt ausgeſprochene, wenigſtens ſtillſchweigend gebilligte, *Normen* für die Handlungen der in ihrem Gebiete, ſey es als Mitglieder der bürgerlichen Geſellſchaft, oder als Fremde, lebenden und thätig werdenden Subjecte. Das Product und der Gegenſtand der Geſetze ſind *Rechte*, *Befugniſſe*, und gegenüber *Verbindlichkeiten*, *Zwangspflichten*, jener Vernunftweſen [1]).

So lange nun

1) der Geſetzuntergebene dem ausdrücklich oder ſtillſchweigend ausgeſprochenen Wil-

[1]) Thibaut, in dem Syſtem des Pandecten-Rechts. Thl. I. §. 55. u. 247. *Archiv* für die civiliſtiſche Praxis von *Gensler*, *Mittermaier* u. *Schweitzer* B. 1. Abh. 3. §. 1. p. 27.

Willen der geſetzgebenden Staatsgewalt gemäs handelt, d. h. die durch die Geſetze beſtimmte Grenze ſeiner Befugniſſe nicht überſchreitet, weder in den Rechtskreiſs eines andern Subjects *ſchädlich eingreift*, noch die geſetzlich ihm obliegenden Verbindlichkeiten [2]) *unerfüllt läſst*, ſo lange entſtehet keine *Stöhrung* des Rechtsverhältniſſes — keine *Rechtsverletzung* — keine *Illegalität.*

Der Theil der Geſetze, welcher dieſen *legalen*, *ruhigen*, Zuſtand unter den Berechtigten und Zwangspflichtigen vorausſetzt, kann füglich das *abſolute* Recht, oder die *Rechtstheorie im engſten Sinn* genannt werden.

Scheidet man, auf das Römiſche Recht hingeſehen, das *Perſonen*- und *Sachen*-Recht von dem jure *actionum*, und verſtehet unter dem letzteren *den Inbegriff der Rechtsverfolgungs- und Rechtsvertheidigungs - Mittel* [3]), ſo entſprechen beide erſtere, das jus perſonarum und rerum, dem Begriff des *abſoluten* Rechts — der Rechtstheorie im *beſchränkteſten* Sinne.

2) In weiterer Bedeutung. Thibaut, a. a. O. Thl. I. §. 2.

3) Klagen und Einreden, Repliken, Dupliken u. dgl.

Es werden aber in der bürgerlichen Geſellſchaft

2) jene Normen des abſoluten Rechts, im Gefolge menſchlicher Unvollkommenheit und Leidenſchaften, oft verletzt. Denn nicht ſelten greift ein Subject geſetzwidrig in den Rechtskreiſs eines andern *illegal thätig* ein, oder läſst eine vollkommene *Verbindlichkeit unerfüllt*, oder wird wenigſtens jener oder dieſer Illegalität von einem vermeintlich Verletzten beſchuldiget. In dieſer Lage erſcheint eine *Stöhrung* des Rechtsverhältniſſes — eine Rechtsverletzung — zwiſchen jenen Subjecten, und die Vernunft erkennt es als eine aus dem Staatszweck, Sicherung der Rechte, hervorgehende Nothwendigkeit, geſetzlich zu beſtimmen, *durch welche Mittel* das in ſeinem Rechtsgebiet verletzte oder geſtöhrte Subject den verletzenden oder ſtöhrenden Theil zur Erfüllung des Willens der abſoluten Geſetze, zu der Anerkennung und Herſtellung des legalen Rechtszuſtandes, zur Unterlaſſung einer Stöhrung in dieſem, ohne Nachtheil für den Staat nöthigen könne.

Das phyſiſche Mittel zu dieſem Zwang wäre die *Selbſthülfe*. Allein da deren Anwendung die Ruhe in dem Innern des Staates unauf-

aufhörlich ſtöhren und in beſtändige Privatkriege ausarten, die bezweckte Sicherheit der Rechte alſo durch jene, von der leidenſchaftlichen ſubjectiven Ueberzeugung des in ſeinem Rechtsgebiet vermeintlich Geſtöhrten ausgehenden, Eigenmacht ganz verdrängt werden würde, ſo muſste die Geſetzgebung die Selbſthülfe vielmehr als in der Regel *unerlaubt* und *ſträflich* darſtellen [4]), konnte ſie nur für einzelne beſtimmte Fälle geſtatten, ohne jedoch der *Selbſtvertheidigung* eben ſo enge Schranken zu ſetzen [5]). Iſt alſo die Selbſthülfe durch den Zweck des Staates ausgeſchloſſen, ſo muſs die geſetzgebende Gewalt dem in ſeinem Rechtsgebiet geſtörten Subject andere, mit dem Staatswohl verträgliche, den Zweck der Rechtsſicherheit erreichende, Mittel zur Beſeitigung der erlittenen Rechtsbeeinträchtigung als Surrogat der Selbſt-

[4]) Martin, §. 8. not. c. und d.

[5]) Die Lehre von der Selbſthülfe und Selbſtvertheidigung wird in der Lehre des Strafrechts, der Pandecten, und des teutſchen Privatrechts vorgetragen. Ein mit Vorſicht aufzufaſſendes, Selbſthülfe und Selbſtvertheidung verwirrendes, Verzeichniſs der Fälle giebt Claproth in d. ord. bürg. Proceſs. Thl. I. §. 1. u. d. f.

Selbſthülfe darbieten [6]). Indem nun *dieſes Surrogat* conſtituirt wird, entſtehet eine beſondere, mit jenem Gegenſtand ſich beſchäftigende, Abtheilung der poſitiven Geſetze, deren Inbegriff das *hypothetiſche* Recht, oder das *practiſche* Recht in *weiteſter* Bedeutung, ſich nennen läſst [7]). Dieſem entſpricht zunächſt und als Grundlage das römiſche jus actionum, in dem ſchon erwähnten Sinne. Schon dieſe practiſchen Geſetze, z. B. Urſprung,

[6]) m. a. W. der Staat muſs auch Geſetze feſtſtellen: *wie* der Verletzte *procediren* kann, um ſein Recht in den ungeſtörten Zuſtand zurück zu führen.

[7]) Z. B. das Geſetz ſpricht: „nach abgeſchloſſenem Kaufcontract ſoll der Verkäufer das verkaufte Object dem Käufer übergeben, dieſer aber jenem das Kaufgeld zahlen.“ Erfüllen beide Theile dieſe Vorſchrift, ſo bleibt ihr Rechtsverhältniſs ungeſtört, der Wille des Geſetzes iſt erfüllt, das Geſchäft bleibt in der Grenze des abſoluten Rechts. Läſst hingegen der Käufer, oder der Verkäufer, ſeine Verbindlichkeit unerfüllt, ſo entſteht eine Rechtsſtöhrung. Das Geſetz aber giebt für dieſen Fall die actio emti et venditi. Indem nun der Geſetzgeber *dieſes* conſtituirt, dieſes Rechtsverfolgungs - Mittel beſtimmt, hat er ein *practiſches* Geſetz ausgeſprochen.

ſprung, Begriff und Gegenſtand, der verſchiedenen Klagen, Einreden und dgl., gehören in das Gebiet des *Proceſſes* im *allgemeinen* Sinn; allein gewöhnlich rechnet man ſie zu der Rechts*theorie* in *weiter* Bedeutung, weil ſie mit den abſoluten, unter 1) bezeichneten, Geſetzen genau verkettet ſind, wie das *referens* zu dem *relato* ſich verhalten, und daher von den abſoluten Geſetzen, ohne einer lebendigen Vorſtellung Abbruch zu thun, ſich nicht wohl trennen laſſen. Deshalb bildet auch dieſer Theil des practiſchen Rechts, dieſer Grundfuſs des Proceſſes in engerer Bedeutung, ſo weit das römiſche Recht ihn feſtſtellt, einen Theil des Vortrags der Inſtitutionen und Pandecten, iſt jedoch auch in beſondern Lehrbüchern beſonders ausgehoben [8]).

Auch mit dieſen Geſetzen, mit der Vorſchrift und Bezeichnung der Rechtsverfolgungs-Mittel, reicht jedoch der Staat noch nicht aus, ſondern er muſs auf den Fall, daſs ein

[8]) Z. B. I. H. Boehmer, doctrina de actionibus. I. L. Menken, introductio in doctrin. de actionibus forenſ. mit Madihns und Hommels Noten. Hal. 1780. Schmidt in dem pr. Lehrbuch von ger. Klagen und Einreden. Iena 1813.

ein in ſeinem Rechtskreiſs geſtöhrtes Subject zu jenem legalen Hülfsmittel ſeine Zuflucht nimmt, es auch *ſelbſt* übernehmen, die vorgegebene Stöhrung zu beleuchten, den Willen des Geſetzes auszuſprechen, und den geſetzlichen Zuſtand wieder herzuſtellen.

Hierzu macht ſich nun

3) ein beſonderes Inſtitut im Staate [9]) nothwendig — und als d i e ſ e Anordnung erhalten die *Gerichte* ihr Daſeyn in der bürgerlichen Geſellſchaft. Der Staat ſetzt ſich einen Repraeſentanten, der die thatſächlichen Verhältniſſe, aus welchen die Rechtsſtörung hervorgegangen ſeyn ſoll, in der Form eines unter 2) gedachten Rechtsverfolgungs-Mittels ſich vortragen laſſe, dann dieſes Factum, deſſen Wahrheit oder Unwahrheit, beleuchte, daſſelbe mit den abſoluten Geſetzen zuſammenſtelle, und als Folge dieſer Subſumtion und Reflexion im Nahmen des Staates ausſpreche, entſcheide, ob das Recht des die Staatshülfe anrufenden Theils wirklich geſtöhrt, beeinträchtiget, verletzt worden ſey, und w a s von dem befundenen Stöhrer geſchehen müſſe, das aus ſeinen Fugen geriſſene legale Rechtsverhältniſs wieder herzuſtellen.

Jener

9) Martin. §. 9.

Jener Staats-Repräsentant erhält den Nahmen *Richter* — das *Gericht*.

Soll aber dieses Institut seinen Zweck mit möglichster Vollkommenheit erreichen, so müssen *besondere* positive Gesetze [10]) bestimmen, in welcher *Ordnung* und in welchen *Formen* die zur richterlichen Beleuchtung, Reflexion und Entscheidung, führenden Handlungen von den Interessenten des streitigen Rechtsverhältnisses unternommen, und von dem Richter geleitet werden sollen, *wie* z.B. die Hülfe des Staats *anzurufen*, *wie* die *Vertheidigung* gegen diesen Angriff vorzutragen, *wie* von Seiten des Richters selbst hierbey *zu verfahren*, überhaupt *wo* und *wie* der Rechtsstreit zu verhandeln, zu entwickeln, uud zu dem Act des entscheidenden richterlichen Ausspruchs hinzuführen sey.

Der Inbegriff *dieser* Normen, die Regeln der *Verfahrungs-Art* im Gericht, vor und von dem Richter, bilden nun die *Theorie des gerichtlichen Processes* im *engern* Sinne.

In-

[10]) Man nennt diese *Processordnungen*, insofern der Staat abgesonderte Processgesetze, mehr oder weniger vollständig, vereiniget promulgirt.

Insoferne verstehet man unter *Process* [11]), jede gesetzliche, die richterliche Wiederherstellung eines gestöhrten Rechtsverhältnisses bezweckende Verhandlung der Rechtsstreits-Interessenten vor Gericht, unter der Leitung des mitthätigen Richters [12]).

In die Grenze *dieser* Normen muss der academische Lehrer sich zurückziehen, will er in der für die Vorlesungen bestimmten gewöhnlichen Zeit die Theorie des Processes auch nur in den Hauptprincipien der einzeln Bestandtheile dieses Zweiges der Rechtswissenschaft als Grundlage einer mehr umfassenden Ausbildung entfalten.

Denkt man sich aber

4)

[11]) An andern Orten die Bemerkungen, dass nicht nur jeder *einzelne Rechtsstreit*, sondern auch *einzelne Abschnitte*, ja *einzelne Handlungen* im gerichtlichen Parteiverfahren, *Process* genannt werden.

[12]) Von dem *Schiedsrichter*, einer vermöge *Vertrags* zur Entscheidung eines einzeln Rechtsstreits befugten und pflichtigen *Privatperson*, ist hier nicht die Rede. Vid. Thibaut, in dem Syst. d. PR. Thl. II. §. 926. u. d. f. Günther, in princip. juris Romani rel. len. 1805. §. 1155. seq.

4) *besonders* ausgehobene oder abstrahirte Grundsätze

a) für die *Anwendung* des absoluten und practischen Rechts auf einen gegebenen Rechtsfall — auf ein Ereignis, Factum, aus welchem eine Rechtsverletzung hervorgehen soll —

b) für die *äussern Formen* der Handlungen der Partheien, so wie des Richters und der diesem beygegebenen Subjecte,

so enstehet der Begriff der *practischen* Rechtswissenschaft im *engsten Sinne.*

In dieses Gebiet gehöret dann z. B. die Decretir- und Referir-Kunst, die Kenntnis der Anordnung und Fertigung der Vorträge der streitenden Theile u. s. w., und die dahin einschlagenden Lehren, Anweisungen und Arbeiten, sind es, welche den Gegenstand des sogenannten Collegii *practici* und *relatorii* bilden [13].

So

[13]) Man vergl. Grolman, in der Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten. §. 6. Meine Anleitung zur gerichtlichen Praxis in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, verbunden mit theoret. Darstellungen und Bemerkungen. Heidelberg 1821. §. 1 ff.

So wie in den Vorlesungen über die Theorie des Processes (nr. 3.) die Kenntnis der unter nr. 1. und 2 erwähnten Gesetze vorausgesetzt wird, so in den praktischen Collegien (nr. 4.) die Bekanntschaft mit der nr. 3. angedeuteten Processtheorie. Doch sind auch die in diesen practischen Collegien von dem Lehrer zu ertheilenden *Principien* noch nicht *die Praxis selbst*, sondern sie sind nur die nächste, rückwärts auf die Kenntnis der Processgesetze und der Rechtswissenschaft überhaupt sich stüzzende, *Theorie der Ausübung*, welche durch die von den Zuhörern zu fertigenden Arbeiten, als Nachbildung der Wirklichkeit, versinnlichet wird. Es folgt daher von selbst, dass jemand eine umfassende theoretische Rechtskenntnis sich erworben haben kann, in diesem abstracten Gebiete mit Klarheit und Consequenz arbeitet, und dennoch der Eigenschaft eines *guten* Practikers sich nicht rühmen darf; besonders da diesem die, theils natürliche, theils durch lebendige Uebung erworbene, Fähigkeit [14]) eigen seyn muss, den ihm gegebenen Rechtsfall mit klaren, ihm sich bald darbietenden, Ideen unter den-

[14]) Practisches Iudicium. Meine Anleitung zur jurist. Praxis. §. 24. p. 109.

denjenigen Theil der Geſetze zu ſtellen, zu ſubſumiren, welche nach der Abſicht des Geſetzgebers auf jene Thatſachen, auf die factiſche Grundlage des Rechtsſtreits, angewendet werden ſollen. Wer z. B. in einem Facto die Merkmale einer *Geſchäftsführung* findet, während daſſelbe, richtig beleuchtet, als ein *Auftrag* aufgefaſst werden muſs, wird auch das vorliegende Rechtsverhältnis für dieſes nicht beſtimmte Geſetze irrig und ſchädlich anwenden, ſo aber den Nahmen eines ſchlechten Practikers verdienen, hätte er auch die Rechtstheorie von der Geſchäftsführung und dem Mandat in ihren tiefſten Falten kennen lernen. Dagegen iſt es eben ſo wahr, daſs der gute möglichſt vollendete Practiker *ſolches* ohne eine umfaſſende wiſſenſchaftliche Kenntniſs der Rechtstheorie unmöglich ſeyn kann, er müſste denn, wie der Somnambul, Seherkraft oder ein zweytes Ich beſitzen, welches die poſitiven Geſetze in deren wahren Geiſte, oder was rechtsphiloſophiſch aus und neben denſelben zur Anwendung gebracht werden muſs, bey jedem Rechtsfall ihm vordeclamirte.

Bloſe, mit beſchränkter Rechtskenntnis verbundene, Uebung des Juriſten in lebendigen

gen Geschäften kann diesen zum brauchbaren, höchst nützlichen, *Routinisten* bilden, und ihm im gemeinen Leben den Nahmen eines guten Practikers verschaffen; allein weit entfernt bleibt immer die Routine von der *wissenschaftlichen* Praxis [15]).

[15]) Auch der also ist den guten Practikern nicht beyzuzählen, welcher einen Vorrath von Rechtsdogmen, Autoritäten und Präjudicièn, sich gesammelt hat, und diese, sey es auch mit einer lebendigen Vergleichungs-Fähigkeit, auf vorkommende Rechtsfälle geschickt anzuwenden weiss. Er mag ein gelehrter, vielwissender, Empiriker seyn, aber Meister in der Kunst ist er nicht. In diesem muss der *Geist* der Gesetze leben und weben, metaphysische Reflexionen müssen seine Anwendung der positiven Normen beherrschen. Vergl. a. m. Anleitung zur gerichtlichen Praxis. §. 7. u. 8. p. 20 — 35.

II.

II.

Abhandlung

Zu §. 11.

Giebt es einen *vertragsmäſsigen* Proceſs? Darf der Richter nach *fremden* Geſezzen ſprechen?

§. a.

Die Gerichte und deren erſtes Organ, der Richter, vertreten die Stelle der Jurisdictions-Gewalt des Staates, als eines Zweiges der Regierungs-Gewalt. Von dieſer höchſten Behörde, welche inſonderheit die *geſetzgebende*, *richterliche*, und *vollziehende* Staatsgewalt in ſich begreift, werden die *Gerichte* angeordnet, *als Mittel zu dem Zweck der bürgerlichen Geſellſchaft.* Nach dieſem Zweck und Bedürfniſs modelt die höchſte Gewalt das Inſtitut der öffentlichen Juſtizpflege, und ſo verſchieden nun die Organiſation der Staaten

ten ſelbſt ſeyn kann, mehr oder weniger monarchiſch, ariſtocratiſch u. ſ. w., ſo verſchieden kann auch die Regierungsgewalt, indem ſolche die Gerichte conſtituirt und Proceſsgeſetze entwirft, ſich ausſprechen [1]). Auch die in den einzeln Staaten herrſchende Geiſtescultur äuſsert hier ihre Kraft; ſelbſt der militäriſche Geiſt kann dabey ſeine Rolle ſpielen; ſo wie die Geſetzgebung überhaupt durch jene Verhältniſſe geleitet und ausgebildet wird *).

Von dieſem Geſichtspuncte aus iſt die Art und Weiſe, *wie* die Gerichte organiſirt ſeyn ſollen, *mit der Staatsverfaſſung ſelbſt verwebt*; und da nun der Ausſpruch der Staatsgewalt, „nach *welchen* Regeln *von* und *vor* dem Gericht verhandelt werden ſoll," als *Theil* jener Organiſation in dieſer mitbegriffen iſt, ſo kann man inſoferne behaupten, „die für das Inſtitut der Gerichte und für das gerichtliche Verfahren gegebenen Geſetze ſeyen ein Theil des Staats- oder Regierungs-Rechtes."

§. b.

[1]) Z. B. im Geiſte der Verhandlungsmaxime, oder der Unterſuchungs-Maxime u. ſ. w. Martin §. 15. Bemerk. III. §. h.

*) Unſer Zeitalter, der Kampf über heimliche und öffentliche Rechtspflege u. ſ. w., erklärt das obige von ſelbſt.

§. 6.

Kann nun blos die geſetzgebende Regierungsgewalt vorſchreiben, *nach welchen Normen* in den von ihr angeordneten Gerichten vorgeſchritten werden ſolle, ſo folgt von ſelbſt, daſs ein *conventioneller*, d. h. durch *Willkühr der ſtreitenden Theile* nach *ſelbſt beliebigen* Verfahrungsregeln beſtimmter, *gerichtlicher* Proceſs als von den Geſetzen ſtillſchweigend erlaubt ſich nicht denken läſst.

Der Richter iſt angewieſen, die Juſtiz nach den *von Staatswegen* ihm *zur Richtſchnur gegebenen* Regeln zu verwalten; *nur dahin* gehet ſein *Auftrag*, und er handelt nichtig, ſobald er die Grenze der ihm verliehenen Befugnis und *Amts-Inſtruction* überſchreitet. Ihm, als Richter, iſt weder die Regierungsgewalt überhaupt anvertraut, noch inſonderheit die geſetzgebende Gewalt; und ſo wenig alſo er ſich ſelbſt anmaſen darf, mit einem andern, als dem von ſeinem Conſtituenten *ihm vorgezeichneten*, Verfahren die Rechtspflege zu verwalten [2]), ſo wenig iſt er

[2]) Arg. L. 1. §. 9. Dig. *de magiſtratibus conv.* 27. 8. Daher darf der Richter in ſeinem Gericht ſelbſt eine im Ausland *geſetzlich conſtituirte*, in dem gemeinen Recht aber nicht gegründete, Pro-

er *berechtiget*, oder *verbunden*, den zwischen den Interessenten eines Rechtsstreites verabredeten Vertrag, „wie es ihnen gefällig sey, den Procefs voranschreiten zu lassen," als Richtschnur anzuerkennen. Dieses läfst sich nur bei dem *Schiedsrichter* denken, wo überhaupt ein *Privatvertrag* dem ganzen richterlichen Verhältnis zum Grunde liegt, wo die *Parteien* sich einen Richter bestellen [3]. Eine *Staatsanstalt* hingegen darf einer Abänderung durch Privatwillkühr einzelner Gesetzuntergebenen um so weniger unterworfen seyn [4], weil auf diese Weise die *Organisation*

cefsart *nicht* zur Anwendung bringen; z. B. nicht den Wechselprocefs, wenn die Gesetzgebung seines Landes diesen nicht einführte. CLAPROTH, in d. Einl. in d. summ. Proc. §. 54. And. M. ist DANZ, in den summ. Proc. §. 86. not. a.

[3]) L. 32. §. 15. Dig. *de receptis, qui arbitr. rec.* 4. 8. Auch gehört nicht hieher, wann die Parteien, im Gefolge gesetzlich erlaubter Prorogation, einen andern, als ihren ordentlichen, Richter sich wählen. L. 1. et 2. Dig. *de judiciis.* 5. 1. MARTIN §. 58.

[4]) Ius publicum, vel jurisdictionis forma, pactis privatorum mutari nequit. L. 45. §. 1. Dig. *de regulis juris.* 50. 17. L. 13. Cod. *de testamentis* 6. 23. L. 38. Dig. *de pactis.* 2. 14. L. cit. 1. §. 9. Dig. *de mag. conv.* 27. 8.

ſation des Staates zum Nachtheil des öffentlichen Wohls geſtöhrt werden könnte. Die öffentliche Verfaſſung hat ein hohes Intereſſe dabey, daſs die Juſtitz nach beſtimmten, aus *ihrem Geiſte* hervorgegangenen, Regeln verwaltet und geleiſtet werde, indem, wäre den Intereſſenten eines Rechtsſtreites erlaubt, dem Richter die Verfahrungs - Normen vorzuſchreiben, dieſes der in der Staatsorganiſation herrſchenden Maxime leichtmöglich zuwiderlaufen, und überhaupt ſchädliche Unordnungen in dem Gerichtsweſen und deſsen Geſchäftsgange zur Folge haben könnte. Wer die Staatshülfe nicht auf *dem* Weg ſuchen will, den die *Geſetzgebung* eröffnet hat, der muſs auf jenen Beyſtand verzichten. Auch enthalten die poſitiven Geſetze durchaus keine Spur der Erlaubnis, den öffentlichen Richter einem conventionellen Proceſs zu unterwerfen. Denn die Clem. 2. *de verborum ſignificatione* 5. 11., welche man für die Behauptung jener Freiheit der Parteien anzuziehen pflegt [5]), ſpricht blos von dem Fall, wo *die* Regie-

[5]) Danz, in den Grundſätzen des ordentlichen Proceſſes §. 55. not. a. ed. 1806. vergl. m. Glück, in der Erläut. der Pandecten nach Hellfeld. Thl. VI. §. 498. Grolman, in der Theorie des ger. Verf. u. ſ. w. §. 76.

Regierungsgewalt einem Richter befiehlt, eine bestimmt streitige Rechtssache mit Zurückstellung der Förmlichkeiten des feierlichen Processes zu verhandeln, und verordnet, *wie* alsdann summarisch, jedoch nicht tumultuarisch, verfahren werden solle. Die in jenem Gesetz eingeschlossenen Worte aber: „*nisi aliud de partium voluntate procedat*," sagen nur so viel: „die Parteien können bey der Herstellung der Beweise auf die üblichen, auch in jenem summarischen Verfahren nicht ausgeschlossenen, sondern als Regel beizubehaltenden, Positionen und Artikel verzichten. Hieraus folgt also höchstens der in der Praxis auch unbezweifelte Satz:" dass die streitenden Theile gegenseitig die Beobachtung der *ihres Vortheils wegen* verordneten *Process-Förmlichkeiten* ausdrücklich und stillschweigend sich erlassen [6]), und, sey es nun für *einzelne Acte* der feierlichen Verfahrungs-Art, oder für die Verhandlung des *ganzen* Rechtsstreites, eine *summarische* Entwickelung wählen können [7]). Immer aber bleibt *als Grund-*

be-

[6]) Schlüssige Beispiele hiervon enthalten Cap. 39. X. *de testibus et attestationibus*. 2. 20. L. 5. §. 5. §. 6. Cod. *de tempor. et relat. appell.* 7. 63.

[7]) L. 27. in fine Dig. *de regulis juris*. 50. 17.

bedingung stehen, daſs diese gewillkührte Proceſsart eine *derjenigen* sey, welche die Staatsgewalt *in ihrem Gebiete verordnet und erlaubt hat.* Auch muſs weder das Object des Processes ausschlieſslich unter ein besonderes Verfahren gestellt seyn, noch darf das Staatswohl durch jene Wahl beeinträchtiget werden [8]).

Die beiden Gesetze [9]), aus welchen Thibaut [10]) der Parteien Befugniſs zu einem willkührlichen Proceſs ableitet, erlauben *diesen* keineswegs. Das erste spricht blos von dem *Verzicht* auf die *Rechtsmittel* gegen eine be-

8) Martin §. 128. und die dort. Literat. not. b. c. u. d. L. 42. in fine Dig. de pactis. 2. 14. Auf gleiche Weise ist dem Kläger gestattet, die von den Gesetzen *ihm als Vortheil* dargebotene Proceſsart an der Seite liegen zu lassen, und auf dem regulären Weg den Proceſs einzuleiten. z. B. statt des Executivprocesses den ordentlichen, oder unbestimmt summarischen Proceſs, oder an Statt des Wechselprocesses den Hülfsproceſs. Grolman, a. a. O. §. 125. Gönner, in dem Handb. des teutschen gem. Proc. Theil. II. Abh. XXX.

9) L. 5. §. 6. Cod. *de tempor. et relat. appell.* 7. 63. L. 3. §. 4. Cod. *de previlegiis scholarum.* 12. 30.

10) In dem System des Pandecten-Rechts. Thl. III. §. 1055.

beſchwerende Sentenz, und von der Uebereinkunft, „nicht an die Fatalien gebunden zu ſeyn." Es folgt mithin hieraus nichts weiter, als a) daſs man einer Parthei weder die Rechtsverfolgung *aufdringen*, [11]) noch ihr die Freiheit, „auf von dem Geſetz dargebotene Vortheile zu verzichten," entziehen ſoll, ingleichen b), daſs es den ſtreitenden Theilen nachgelaſſen iſt, über die Nichtbeobachtung der *Formalien* eine Uebereinkunft zu treffen [12]). Verſchieden aber iſt hiervon, „eine ganz *andere*, als Landesrechtliche, *Proceſsart* zu verabreden." *Solches* geſtattet auch die angezogene L. 3. §. 4. Cod. 12. 30. auf keine Weiſe, indem die Verabredung, „eine *ganz geringfügige* Streitſache ohne *ſchriftliches* Verfahren abzuthun," keineswegs ausſchlieſst, daſs die mündlichen Verhandlungen im Geiſte und nach dem Grundcharacter des landesrechtlichen Proceſſes geſchehen müſſen.

§. c.

[11]) Abhandl. III. §. 2. b. nr. 2.

[12]) Ob nach *teutſchen* Proceſsgeſetzen ein *Vertrag* über die Verlängerung der *Nothfriſten* für unerlaubt zu achten ſey? Gönner a. a. O. Thl. III. Abhandl. LIX. §. 3. u. d. f., iſt an einem andern Ort zu beleuchten. Vergl. *Archiv* für die civiliſt. Praxis. B. 4. Abh. 16. §. 7. p. 195.

§. c.

Mit dem Satz: „dafs der öffentliche Richter weder nach einem *conventionellen*, in feiner ausdrücklichen oder ftillfchweigenden Dienft - Inftruction *nicht enthaltenen*, noch nach einem *ausländifchen* gerichtlichen Procefs verfahren dürfe," ift aber *die* Frage noch nicht entfchieden: ob ihm geftattet fey, in Hinficht auf das *Material* der Streitfache *fremde* Gefetze feiner Reflexion und Entfcheidung zum Grunde zu legen? Confequent gefolgert müfste man auch diefe, fehr beftrittene, und mannichfaltig beantwortete, Frage *verneinen*. Denn der Richter ift überhaupt nur an die in *feinem* Lande promulgirten und recipirten Gefetze gewiefen, und zur Kenntnis fremdherrifcher Gefetze gar nicht verbunden. Allein der Staaat würde gleichfam das Völkerrecht verletzen, fich und feine Unterthanen, durch das gegen diefe angewendete Wiedervergeltungs-Recht, durch Minderung ihres Credits im Handel u. f. w., erhebliche Nachtheile zuziehen, wollte er in dem Ausland erworbenen Rechten die Hülfe in feinen Gerichten verfagen. Schon die römifchen Gefetze erkannten es daher als nothwendig an, bey der Entfcheidung einer Rechtsfache zu-

nächft

nächst auf die Gesetze des Landes, *der* Provinz, des Ortes, hinzusehen, wo das streitige Rechtsgeschäft seine *juridische Existenz* erhalten habe, *wo* also das aus demselben hervorgehende Zwangsrecht, und die diesem gegenüberstehende Verbindlichkeit, gebohren worden sey [13]). Die teutsche Praxis hat dieses Princip bestätiget, ohne Unterschied, es sey jenes Rechtsgeschäft in oder ausser Teutschland abgeschlossen worden. Auch spricht das römische Recht nicht ausschliesslich von *römischen* Provinzen. Wirklich fällt auch hier der Grund hinweg, tritt wenigstens nicht so stark eingreifend hervor, „dass die Anwendung fremder Gesetze die Organisation des Staates und dessen eigener Gerichte stöhren könne.“ Setzt man nehmlich, im Gefolge des obigen Princips §. b., voraus, dass der Staat die gerichtliche Rechtshülfe zwar ertheile, jedoch *nur* nach den *von ihm angeordneten Processregeln*, so stöhrt dieses die Organisation der Landesgerichte, den Geschäftsgang in diesen, eben nicht mehr, als wann der Richter nach einem innern, erst zu erweisenden, Ge-

13) L. 34. Dig. *de regulis juris.* 50. 17. L. 6. Dig *de evictionibus* 21. 2. L. 1. pr. Dig. *de usuris* 22. 1. L. 1. in fine eod. *de inspiciendo ventre.* 35. 4.

Gewohnheitsrecht die vorliegende Streitſache entſcheiden muſs. Es iſt *gleichviel*, ob der zum Beweis pflichtige Theil den Richter von der *Wahrheit jenes Gewohnheitsrechtes*, oder von der *Exiſtenz des fremden Geſetzes*, *landesherrlich* überzeugt.

Wie weit nun aber jene Befugniſs und Pflicht des Richters reiche, *inwieferne* er die ausländiſchen, oder nicht in ſeinem Gerichtsbezirk einheimiſchen, Geſetze, je nachdem ſolche perſönliche Zuſtandsrechte, dingliche, oder gemiſchte Rechte, zum Gegenſtand haben, auf einen vor ihm anhängigen Rechtsſtreit, beſonders in der Colliſion jener fremden Geſetze mit dem Landes- und Ortsrecht, anwenden dürfe? — iſt eine zweyte Frage, die man in den Vorleſungen über die römiſchen Pandecten nach ſehr verſchiedenen Meinungen zu erörtern pflegt [14]), Als herrſchendes Princip muſs man wohl annehmen: „der Staat, und der von dieſem angeordnete Richter

[14]) M. ſ. Thibaut, a. a. O. Thl. 1. §. 36. u. d. dort. Literatur. Hofacker, in princip. jur. civ. rom. germ. T. I. §. 136. Günther, in princ. jur. rom. priv. T. I. §. 18. vergl. mit Weber, in der ſyſtem. Entwick. der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit. §. 62. u. 95.

ter, erkennt *alle* aufser feinem Gebiete gefetzlich erworbene Privat-Rechte *in der Ausdehnung* oder *Befchränkung* an, *wie* fie *dort rechtsbeftändig erworben* worden find, und ein Rechtsverfolgungs-Mittel begründen, gewährt jedoch die Rechtshülfe [15]) nur auf dem Wege und unter der Form einer *in dem um Hülfe angerufenen Gericht landesrechtlichen Verfahrungsart* [16]); er *verfagt* aber auch *diefe bedingte Rechtshülfe*, im Falle a) das im Auslande, oder aufser dem Gerichtbezirk, gefchloffene Rechtsgefchäft entweder, um die Landesgefetze, oder örtliche Statuten, *zu hintergehen*, dafelbft hergeftellt, oder b) von der Staatsgewalt des angerufenen Gerichts gefetzgebend erklärt wurde, dafs die Wirkungen jenes Rechtsgefchäftes als *fchändlich*, *oder dem eigenen Staatswohl nachtheilig*, beurtheilt werden follten [17]).

Hier-

15) Vorausgefetzt wird die Begründung eines Gerichtsftandes.

16) Ift alfo z. B. der Wechfelprocefs durch Landes- oder Gewohnheits-Recht nicht eingeführt, fo kann die auswärts contrahirte Wechfeifchuld zwar eine Executivklage, oder den ordentlichen Procefs, begründen, nicht aber eine *Wechfelklage*.

17) Das Römifche Recht macht die wohl eben fo viel fagende allgemeine Befchränkung: *ut legi*

 non

Hierbey einen weitern Unterschied zwischen *gerichtlichen* und *ausergerichtlichen* Wirkungen des auswärtigen Rechtsgeschäftes zu machen [18]), dürfte grundlos seyn, und die Sache fast gänzlich auf das harte, dem öffentlichen Wohl nachtheilige, Princip zurückführen: „der Richter dürfe *gar nicht* nach fremden Gesetzen sprechen". Versteht man aber hier unter *Process* den eigentlichen *modum* procedendi [19]), so erhält die schwankende Sache eine, mit dem Staatswohl verträgliche, und von der Vernunft als rechtsbillig und nützlich ausgesprochene, festere Bestimmung.

III. Ab-

non offendat. L. 1. pr. Dig. *de usuris* 22. 1. Die Anwendung mündlich.

18) Weber a. a. O. verirrt sich zu diesem Unterschied indem er vergisst, was zum *Process* und was zu dem *absoluten Recht* gehört. Verjährung z. B. *ist kein Processgesetz.*

19) Abh. I. nr. 3.

III.

Abhandlung

Zu §. 12. 13. 14. 15. 16. 17. 18.

Wesentliche Bestandtheile (Substantialien, Essentialien) des bürgerlichen Civilprocesses [1]). Dessen Grundmaxime.

§. a.

Wesentlich sind an jeder Sache *diejenigen* Bestandtheile, ohne deren Daseyn dieselbe nicht *das* ist und *bleibt*, *was* sie, *ihrem gegebenen Begriff und Zweck nach*, seyn *soll*. Der gemeine teutsche Civilprocess *soll* aber nach dem Willen der *positiven Gesetze* seyn:

die

[1]) Gönner, in dem Handbuch des teutschen gemeinen Processes. Thl. II. Abh. XXVII. u. XXVIII. Almendingen, in der Metaphysik des Civilprocesses. B. I. Heft II. Wie weit ich diesen Gelehrten folgte, und in welchen Punkten ich von ihnen abweiche, muss die Vergleichung ergeben. Martin konnte mir weder als Muster noch als Leitfaden dienen. Vergl. a. *Klüpfel*, über einzelne Theile des bürgerl. Rechts. Stuttgart. 1817. nr. VII. p. 96 ff.

„die Handlung, durch welche ein Repräsentant der Staats - Iustizgewalt (der *Richter*) den vor ihm aus freier Willkühr *angebrachten* Rechtsanspruch eines Subjectes (des *Klägers*) an ein anderes Subject (den *Beklagten*) auf des erstern *Anruf* um die Staatshülfe (*Klage*) anhören, sodann aber, nach des beklagten Subjectes wirklicher oder fingirter *Vertheidigung*, (*Gehör* oder hierzu gesetzlich gegebene *Gelegenheit*,) den Grund jenes Anspruchs und dieser Vertheidigung gesetzlich prüfen und, nach gefundener legalen Ueberzeugung, (*Beweis*) entscheiden soll, ob der Antrag des Klägers den Gesetzen entspreche, oder nicht, (*Urtheil*, *Erkenntnis*,) um *hierauf*, daferne der Verurtheilte dem Urtheil nicht *freiwillig* Genüge leistet, das von Staats wegen anerkannte Recht des Siegers zu realisiren. (*Execution*, *Hülfsvollstreckung*, *Vollzug* der Staatshülfe)."

Mangel oder *Verletzung* eines wesentlichen Bestandtheils erzeugt *Nichtigkeit*.

§. b.

Schon nach diesem Begriff des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ist also für dasselbe *wesentlich*:

1)

1) ein von dem Staat angeordneter, authorisirter und competenter, *Richter*, und zwar ein sowohl von dem Kläger, als von dem Beklagten, *getrenntes* und *verschiedenes* [2]) Subject.

Daher ist nichtig, was der zu der Rechtspflege in der vorliegenden Streitsache nicht befugte, der weder subjectiv noch objectiv competente, auch nicht durch Prorogation der Parteien §. 58. competent gewordene, Richter in jener Sache verfügt und erkennt; nichtig, was er in eigener Sache, oder nach vorgängiger Bestechung, oder aus einer schändlichen Leidenschaft, verhandelt und entscheidet, u. s. w. [3])

2)

[2]) MARTIN, §. 31 und 38.

[3]) Cam. Ger. Ordn. v. J. 1521. Tit. XXII. §. 2. Cap. 26. in 6to *de regulis jur.* 5. 13. L. 6 et 8. Cod. *de execut. rei jud.* 7. 53. L. 1. seqq. Cod. *si a non compet. jud.* 7. 48. L. 20. Dig. *de jurisdict.* 2. 1. L. 170. Dig. *de regulis juris.* 50. 17. L. un. Cod. *qui pro sua jurisd.* 3. 4. L. 1. §. 2. Dig. *quod quisque juris* rel. 2. 2. Cap. 4. X. *de judiciis.* 2. 1. L. un. Cod. *ne quis in sua causa.* 3. 5. L. 10. Dig. *de jurisd.* 2. 1. L. 7. Cod. *quando provoc.* 7. 64. L. 2. Cod. *de poena jud.* 7. 49. L. 15. Dig. *de judiciis.* 5. 1.

2) ein *beſtimmtes*, auch dem phyſiſchen und moraliſchen Willen nach *gewiſſes*, zu der Rechtsverfolgung *geſetzlich qualificirtes* Subject, welches die Staatshülfe freywillig anruft; d. h. der *Kläger.*

Es ſoll der Civilrichter nicht *eigenmächtig* zur Einleitung eines Rechtsſtreites vorſchreiten, ſondern erſt nach geſchehener *Aufforderung* von einem in dem Rechtsgebiet angeblich verletzten oder geſtöhrten Subject zum Zweck der Rechtspflege thätig werden. Wo kein Kläger auftrit, iſt kein Richter. Es muſs aber auch der Kläger *rechtsgewiſs* und ſowohl zur Rechtsverfolgung überhaupt, als zu der vorliegenden Klage, *rechtsbefugt* ſeyn. Deshalb erſcheint die *Fähigkeit, vor Gericht zu verhandeln*, ſo wie die *Legitimation zum Proceſs*, ingleichen die *Rechtfertigung zur Sache*, als eine weſentliche Bedingung des Proceſſes [4]). In-

[4]) L. un. Cod. *ut nemo invitus* rel. 3. 7. L. 4. pr. Cod. *de uſur. pupill.* 5. 56. L. 20. Cod. *de pignoribus.* 8. 14. L. 9. Dig. *de re judicata.* 42. 1. L. 2. Cod. *qui legit perſ.* 3. 6. Cap. 1. ſeqq. X. *de procur.* 1. 38. L. 1. Cod. *de ſentent.* 7. 45. L. 24. Cod. *de procur.* 2. 13. Martin §. 32. 33. 34. 35. u. 74. Vergl. Abh. V.

Inſofern nun ein Kläger ohne Klage ſich nicht denken läſst, er vielmehr erſt *durch deren Vortrag* bey dem Richter den Nahmen und die Eigenſchaft eines Klägers erhält, läſst ſich auch ſagen: die *Klage* ſey ein weſentlicher Beſtandtheil des bürgerlichen Streitverfahrens —

5) ein *beſtimmtes*, auch der Exiſtenz nach *gewiſſes*, zu der Verhandlung vor Gericht *rechtsbefugtes* [5]) und *rechtspflichtiges*, Subject, welches nach dem Angeben des Klägers deſſen Recht beeinträchtiget, oder es anzuerkennen ſich weigert; d. h. der *Beklagte*.

Das ſtreitige Rechtsverhältnis *zweier* Subjecte — der Parteien — ſoll im Civilproceſs von dem Richter beleuchtet und geſetzlich feſtgeſtellt werden; der angebliche Stöhrer muſs mithin *als ſolcher* dem Richter dergeſtalt namhaft gemacht und vergewiſſert werden, daſs der Richter mit Zuverläſſigkeit auf ihn einzuwirken vermag. Aus dieſem Grund iſt

[5]) Was jedoch *zum Vortheil* eines zur Rechtsverfolgung ohne Beiſtand nicht befugten Subjects von dem Richter verfügt wird, kann rechtsbeſtändig ſeyn. L. 1. Cod. *qui legit. perſ.* 3. 6. verb. *adverſus.* L. 14. Cod. *de proc.* 2. 13.

ist *auch auf Seiten des Beklagten* resp. die *qualitas personae standi in judicio*, so wie die *Legitimation zum Procefs* und zur *Sache*, wesentlich [6]) –

4) das *Gehör*, oder die *Vertheidigung*, und zwar sowohl des eigentlichen Beklagten, als auch des ursprünglichen Klägers; vorzüglich insoferne dieser, in Hinsicht auf die Gegenangriffe des Beklagten, als angegriffener Theil betrachtet werden soll [7]).

Schon die Vernunft erkennt es als widerrechtlich und nichtig, jemanden *ohne Gehör* zu verurtheilen; sie fordert vielmehr, dafs man das in Anspruch genommene, einer Rechtsstöhrung beschuldigte, Subject zuvor mit den Behauptungen seines Gegners bekannt mache, und ihm Gelegenheit gebe, des letztern Vorbringen zu beantworten. Die positiven Procefsgesetze sprechen dieses auch deut-

[6]) L. 2. Dig. *quae sent. sine appell.* 49. 8. L. 45. §. 2. L. 54 pr. Dig. *de re judic.* 42. 1. L. 1 et 3. Cod. *qui legit. pers.* 3. 6. Martin, a. a. O. Vergl. Abhandl. V.

[7]) Martin, §. 82. Gönner, a. a. O. Thl. II. Obs. XXVII. §. 15. *Wechselgehör.*

deutlich aus[8]); verordnen jedoch nebenbey, „dafs wer die zur Vertheidigung gegen einen Civilanspruch legal gegebene Gelegenheit mit der Aufforderung, jene gesetzlich zu vollziehen, schuldlich unbenutzt und unbefolgt läfst, solchen *Ungehorsams* wegen eben so beurtheilt werden soll, als sey er wirklich gehört worden. Ein *gesetzlich fingirtes Gehör* kann also die Stelle der wirklichen Vertheidigung vertreten, und die scheinbare Lücke ergänzen [9]).

Die *Ladung* ist nur ein *Mittel*, das Gehör zu *veranlassen*; allein da letzteres auch ohne Citation, oder ausdrückliche Aufforderung, sich denken läfst, so ist Nichtigkeit keine *nothwendige* Folge ihrer Unterbleibung. —

5) ein *Rechtsanspruch* des Klägers an den Beklagten. Dieser Anspruch mufs *als Objekt*

[8]) Cap. 1. in fine X. *de causa possessionis.* 2. 12. L. 4. 7 et 10. Cod. *quomodo et quando judex* 7. 43. L. 1. §. 3. Dig. *quae sentent. sine appell.* 49. 8. L. 54. pr. Dig. *de re judic.* 42. 1. L. 1. 2 et 4. Cod. *quibus res jud. non nocet,* 7. 65.

[9]) Gönner, a. a. O. Thl. II. Abh. XXVII. §. 12. Martin, §. 117.

Objekt [10]) an das Institut der *Civil-Gerichte* gewiesen mithin ein *streitiges* [11]) Recht seyn. Es läſst sich aber ein Rechtsanspruch im Allgemeinen concretiv nicht auffassen, wenn nicht zugleich das *Object dieses Objects* angegeben wird, d. h. die *körperliche oder unkörperliche Sache* worauf sich der Rechtsanspruch *beziehet*. Und auch jenes *Object des Objects* kann der Richter nicht klar ergreiffen, falls nicht zugleich desselben *äussere Merkmale* von dem Kläger bestimmt angegeben werden. So ist also die *nähere Bezeichnung des Klagobjects* um so gewisser *wesentlich*, weil die Verhandlungen der Parteien, so

[10]) Martin, §. 18. *b* u. d. f. *Archiv* für die civilist. Praxis. B. 4. Abh. nr. 24. pr. 305. ff.

[11]) *Daher* folgt wohl auch, daſs die gegen ein *bereits festgestelltes*, unter den Interessenten *nicht streitiges*, oder als festgestellt klar erwiesenes, Rechtsverhältniſs anlaufende Sentenz nichtig ist. L. 1. Cod. *quando prov.* 1. 64. Verwand ist hiemit *die* Nichtigkeit, wann der Richter über ein *gar nicht im Streit befangenes* Object erkennt. Almendingen, a. a. O. p. 275. obgleich selbige auch schon daraus folgt, weil der Verurtheilte wegen des Anspruchs an jenen Gegenstand nicht gehört wurde. vid. nr. 4.

so wie das Urtheil des Richters und dessen Hülfe, *auf jenes Object sich beziehen müssen.*

Daher hat die *Allgemeinheit* und *Dunkelheit* der Klage u. s. w., insonderheit des Urtheils und die natürliche Unmöglichkeit, letzteres zu befolgen, Nichtigkeit zur Folge [12]).

6) des *Richters legale Ueberzeugung* von dem Daseyn, oder Nichtdaseyn, jenes streitigen Rechtes.

Diese richterliche Ueberzeugung, welche aus der befundenen Wahrheit oder Unwahrheit [13]) der dem Rechtsanspruch und der Vertheidigung hiergegen zum Grunde gelegten Thatsachen dann als rechtswissenschaftliches Product hervorgehet, wann der Richter jene Facta, so wie sie ausgemittelt sind, mit den positiven

[12]) L. 6. Dig. *de rei vindicat.* 6. 1. L. 3 et 4 Cod. *de sententia quae sine* rel. 7. 46. L. 59. pr. et §. 1. Dig. *de re judic.* 42. 1. L. 3. Dig. *quae sentent. sine app.* 49. 8.

[13]) Die *Mittel* zu diesem Befund sind Eingeständnisse, Beaugenscheinigung, Kunstverständige, Zeugen, Urkunden, Eide, Rechtsvermuthungen, Vernunftschlüsse. *Archiv* f. d. civilist. Praxis. B. 1. Abh. 4. §. 3. ff.

ven Gesetzen reflectirend zusammenstellt, wird der *Beweis* im *allgemeinen* Sinne *) genannt, und es folgt aus dem Begriff und Zweck des bürgerlichen Processes, daſs desselben Abseyn als ein wesentlicher, Nichtigkeit nach sich ziehender, Mangel sich darstellen muſs. —

7) die *richterliche Entscheidung* das *Urtheil*; als das *Resultat* [14]) der Klage der Vertheidigung, und des Beweisses.

Des

*) Von dem mehrfachen Begriff des Beweises, s. *Archiv* a. a. O. B. 1. Abh. 3. §. 2. p. 28. ff.

[14]) *Fehlt* also die *Klage*, oder das *Gehör*, oder der *Beweis*, oder sind *diese Prämissen nichtig*, so ist auch das *Urtheil selbst* nichtig. Cap. 2. X. *ut lite non cont.* 2. 6. Gleiche Folge tritt ein, wann des Richters, den Worten nach ausgesprochene, Ueberzeugung von dem Recht des Siegers und dem Unrecht des Verurtheilten nach Vorschrift klarer Gesetze, und nach Maasgabe des klar vorliegenden Facti, gar nicht vorhanden seyn *konnte;* m. a. W. wann das Urtheil das Gegentheil eines kla- Gesetzes *direct* und *bestimmend* ausspricht, d. h. *contra jus in thesi* anläuft. L. 19. Dig. *de appell. et relat.* 49. 1. L. 1. §. 2. Dig. *quae sent. sine app.* 49. 8. L. 2 et 5 Cod. *quando provoc. non est necesse.* 7. 76. Cap. 1. X. *de sentent. et de re jud.* 2. 27. Die nähere Erklärung hievon s. in

dem

Des Staates Schutz der Privatrechte ist das Hauptziel des Processes; jener Schutz aber kann nicht eher ertheilt werden, als bis das streitige Recht von dem Staat durch dessen Repräsentanten auf dem vorgeschriebenen legalen Weg beleuchtet, als vorhanden anerkannt, und auf diese Weise formalisirt worden ist. Diese Anerkennung spricht der Staat durch die Sentenz, das Urtheil, des Richters aus, und wo dieser Ausspruch ermangelt, fehlt es noch an einer wesentlichen Bedingung der zu vollziehenden Staatshülfe [15]). —

8) dass

dem *Archiv* für d. civ. Praxis B. 1. Abh. 23. §. 21. p. 364. Note **) das. *Klüpfel*, Abh. 7. §. 2. Im Fall hingegen der Richter in Hinsicht auf die dem Rechtsstreit zum Grunde liegenden thatsächlichen Verhältnisse, bei deren Subsumtion unter das Gesetz und in der richterlichen Reflexion, menschlich sich irrt, z. B. für erwiesen achtet, was es nicht vollständig ist, oder in der Anwendung des Gesetzes fehlt, so soll eine unheilbare Nichtigkeit nicht vorhanden seyn. L. 1. §. 2. Dig. et L. 2. Cod. all. L. 32. Dig. *de re jud.* 42. 1. *Archiv*, f. d. c. Praxis a. a. O. §. 21. p. 365. ff. Eine andere Erklärung dieser Gesetze giebt Almendingen a. a. O. p. 282. u. d. f.

15) Eben so viel ist es, wann der Richter einen *mathema-*

8) daſs dieſe Hülfe, die Execution, *nicht eher vollſtreckt werde*, als bis die in Anſpruch genommene Partey legal gehört und verurtheilt worden iſt. [16])

Die

thematiſchen Irrthum ausſpricht, in der Meinung, es ſey eine mathematiſche Wahrheit. Das poſitive Unrecht läſst ſich durch ausdrückliche oder ſtillſchweigende Verträge zu einem *Privat-Recht* umbilden, nicht aber vermag es der Richter, aus 2 mal 2 eine 5 herzuſtellen. L. 1. §. 1. Dig. *quae ſententiae ſine appell.* 49. 8. Auch kann, nach den klaren Worten dieſes Geſetzes, die *wiederholte* richterliche Beſtätigung jenes evidenten Irrthums die Nichtigkeit nicht heben. Inſofern aber der Richter *nicht blos* die mathematiſche Berechnung als Entſcheidungsquelle vor ſich hatte, *nicht blos* über das Reſultat der Zahlen abſpricht, ſondern den Beklagten überhaupt zu einer beſtimmten, theils dorther, theils aus dem übrigen Inhalt der Acten, abgemeſſenen Summe verurtheilt, iſt dieſes Erkenntnis der Rechtskraft fähig, und der Bezug auf einen Rechnungsirrthum kann die Nichtigkeits-Klage nicht begründen. L. 1. cit. coll. L. un. Cod. *de errore calculi* 2. 5. L. 2. Cod. *de re judic.* 7. 52. Eine andere Anſicht hat ALMENDINGEN, a. a. O. p. 286.

16) L. 5. Cod. *comminationes, epiſtolas* rel. 7. 57. L. 1. Cod. *de execut. rei jud.* 7. 53. L. 58. Dig. *de re judicata.* 42. 1.

Die *Execution*, als Mittel, das vom Staat anerkannte Recht des Siegers zu realiſiren, deſſelben Schutz wirklich zu machen, iſt, *an ſich betrachtet, nicht weſentlich*; denn ſie kann ſogar von der Richtergewalt ganz getrennt ſeyn, und es iſt nicht ſelten der Fall, daſs der Verurtheilte den durch den Richter ausgeſprochenen Staatswillen, ohne die Hülfsvollſtreckung zu erwarten, ſich fügend erfüllt; ſondern, da dieſelbe *nur als Reſultat* der Klage, des Gehörs, des Beweiſſes und des Urtheils, *rechtsmöglich* ſeyn ſoll, ſo iſt ſie ſelbſt nichtig, wann nicht jene ihre Grundbedingungen auf dem *geſetzlichen* Weg voran her- und feſtgeſtellt ſind.

§. c.

Dieſe Beſtandtheile des teutſchen Civilproceſſes ſind *ſo weſentlich*, ſie ſind auch mit einander ſo *verwebt* und *verkettet*, ſie ſtehen, als *begriffs-weſentliche Theile des Ganzen*, unter ſich ſelbſt in einem ſolchen *Cauſal-Zuſammenhang* [17]), daſs wenn auch die poſitiven Geſetze *nur* obigen *Begriff* und *Zweck* des

[17]) Almendingen, a. a. O. pag. 267. u. d. f.

des Streitverfahrens angeben und alles Weitere dem Richter und den Parteien überlassen hätten, diese Subjecte doch *keinen* jener Punkte vernachläßigen und ihm entgegen handeln könnten, ohne den Procefs *von dessen Begriff und Zweck zu entfernen*, mithin aber *processuarisch-nichtig* zu handeln [18]).

Insoferne verdienen sie den Namen: *absolut nothwendig*, oder *natürlich wesentlich* d. h. durch die auf den positiv-gesetzlich festgestellten Begriff und Zweck des Civilprocesses angewandte Vernunft als *nothwendig* anerkannt — *wesentlich* also nach der *gesetzlichen Natur* des civilrechtlichen Instituts [19]). Dieses wird durch die Verletzung jener *Grundfesten* aus seinen Angeln gehoben, hört auf zu seyn, was es *seyn soll.*

Zugleich

[18]) L. 4. Cod. *de sententiis et interloc.* 7. 45. L. 4. §. 6. Dig. *de re judicata.* 42. 1.

[19]) So kann man die Worte des Fürstenraths-Beschlusses 18/28 Apr. 1654 deuten: „*Nullitäten halber wird wiederholt, dafs ein Unterschied zwischen den* nullitatibus *wider das* jus naturale *laufend, und den* nullitatibus juris positivi, *zu machen*', u. s. w. Denn jedes bürgerliche Institut hat sein eigenes Natur- oder Vernunft-Recht.

Zugleich folgt aber auch, daſs alle *naturnothwendigen Mittel* zur legalen Herſtellung eines *abſolutweſentlichen* Hauptbeſtandtheils des Proceſſes *nicht weniger weſentlich* ſind, als der ohne ſie legal nicht herzuſtellende *Hauptbeſtandtheil;* indem ſelbige eben ſo zu *des letztern Subſtanz* gehören, wie der Hauptbeſtandtheil ſelbſt zu der Subſtanz des ganzen Proceſs-Inſtituts. Zu der Herſtellung des Beweiſes z. B. bedarf man *ſolcher* Beweis*mittel*, welche nach der Vernunft und nach dem Willen der poſitiven Geſetze auf die Ueberzeugung des Richters einwirken können und ſollen; und ſo ſind jene *Mittel* eben ſo weſentlich, als ihr *Product* — der Beweis. Ohne Beweis*mittel* kann ein *Beweis* nicht exiſtent werden [20]). Jeder weſentliche Beſtandtheil des Proceſſes hat wieder *ſeinen eigenen Begriff* und *nächſten Zweck*, und mithin ſeine eigene naturweſentliche Beſtandtheile.

Eben ſo gehet es aus den Natur-Geſetzen des

[20]) Es folgt aber nicht, daſs mehrere zu demſelben Zweck concurrirende Mittel in dem nämlichen Proceſs *ſämmtlich* zur Anwendung kommen *müſsten*. §. e. *g. d. E.* Inſofern das Geſetz die *Wahl* offen läſst, (Martin §. 175 *a*), kann man jene Mittel *electiv weſentlich* nennen.

des Casual-Zusammenhangs von selbst hervor, dass, ist einmal eine *wesentliche Grundlage* verletzt, legal nicht vorhanden, alles, was *auf dieselbe* fortgebaut, auf sie gestützt, oder *aus ihr* gefolgert wird, als das *Product einer Nichtigkeit* ebenfalls *nichtig* seyn muss [12]). Die *nichtige* Klage z. B. kann eine rechtsverbindliche Antwort, der *nichtige* Beweis ein rechtgültiges Urtheil, die *nichtige* Sentenz eine gültige Vollstreckung, *nicht begründen.*

§. 9.

Eine aus dem Abseyn eines absolutwesentlichen Processtheils, oder aus der Verletzung dessen Substanz, hervorgehende Nichtigkeit nennen die Gesetze *unheilbar*, indem sie *solche* Nichtigkeiten *dahin* definiren:

„Nullitäten, welche *insanabilem defectum* aus der *Person* des *Richters* oder der *Parthey* [22]), oder aus den *Substantialibus des Processes* [23]), nach sich führen" [24]).

Un-

[21]) *Rückwärts* wirkt die Nichtigkeit *als solche* nicht, d. h. sie bewirkt keine *Nullität* der ihr vorausgegangenen *rechtsgültigen* Verhandlungen. Aber die Anwendung des aus diesen erworbenen Rechts kann selbige hemmen, und wohl gar vereiteln.

[22]) Man sehe §. b. nr. 1. 2 u. 3. dieser Abhandl. III.

[23]) M. s. §. b. nr. 4. 5. 6. 7. 8. d. Abhandl. III.

[24]) Reichs - Abschied v. J. 1654. §. 122. Ueber die-

Unheilbar ſind dieſe Nichtigkeiten allerdings. Denn was ſeinem geſetzlich gegebenen Begriff nach, phyſiſch oder moraliſch, nicht exiſtirt, leidet keine *Verbeſſerung* oder *Wiederherſtellung*; es kann nur durch eine beſondere, ſelbſtſtändige, Handlung als ein *neues Product* hergeſtellt werden [25]). Das in dem Moment ſeines Werdens wieder zuſammengeſtürzte Hauſs iſt *kein Hauſs*, die Ruinen laſſen ſich vielleicht zur Errichtung eines neuen Gebäudes als Mittel kunſtmäſig benutzen, allein die ſo entſtehende neue Wohnung iſt *nicht jenes* vernichtete Hauſs. So iſt die dunkle Klage *als ſolche* juridiſch nicht vorhanden, durch ihre Aufhellung aber entſtehet eine *neue* Klage, auf die der Beklagte, ehe der Proceſs weiter gültig voranſchreiten kann, zuvörderſt vollſtändig und legal gehört werden muſs.

Selbſt

dieſen §. u. §. 121. ſ. m. inſ.: Schnaubert u. Meyer, von Martin citirt §. 283. Biedermann, de vera ſentent. nullitate ſive inſanabili. Lipſ. 1772, u. Almendingen, a. a. O. pag. 293. u. d. f. Jenem Reichsgeſetz gienge voran die *Cammerger. Ordn.* v. J. 1521. Tit. 21. u. v. J. 1555. Thl. III. Tit. 34.

25) L. 29. Dig. *de regulis juris.* 50. 17.

Selbst der *blose Wille* der Parteien [26]) kann nicht schaffen, was nicht begriffmäsig existirt, selbst der Abfluss der Verjährungszeit kann das Todte nicht heilen, oder beleben. Einen Vertrag, Vergleich, können die Parteien über die *Folgen* jener Nichtigkeit schliessen, die aus solcher entspringende Klage kann durch Verjährung erlöschen; allein dann haben die Rechte, welche durch jenen Vertrag, oder durch die Verjährung, festgestellt werden, keineswegs den *Process*, sondern den *Vertrag*, oder die *Verjährung*, zur Quelle.

Eben daher wollen auch die positiven Gesetze [27]), dass das blose, zehn Tage hindurch andauernde, Nichtthätigwerden, aus welchem in der Regel eine stillschweigende Ein-

[26]) Man mache hier keine falsche Anwendung auf die Möglichkeit der Ratihabition der Handlungen eines nicht legitimirten Anwalds. Denn die Gesetze lassen auch einen gerichtlichen negotiorum gestor, Defensor (Martin §. 74.), unter der Bedingung zu, dass er diese Eigenschaft mit der eines Mandatars verwechsele, u. den Beweis des Auftrags noch beibringe. Vermag er dieses nicht, *dann* tritt unheilbare Nichtigkeit seiner Verhandlungen ein.

[27]) Reichs-Abschied v. J. 1654. §. 121 u. 122.

Einwilligung der Parteien [28]) in das richterliche Erkenntnis und deſsen Rechtskraft [29]) gefolgert wird, die aus der Verletzung eines abſolutweſentlichen Beſtandtheils des Proceſſes hervorgehende Nichtigkeit zu heilen nicht vermöge, ſondern daſs nur eine *klar erklärte Beyſtimmung* [30]) des Verletzten, ingleichen die Verjährung, als das *allgemeine* Tilgungs- und Umformungs-Mittel faſt jeglichen Rechtsverhältniſſes, die Folgen jener Rechtsnullität auslöſchen und aufheben ſolle [31]).

Dieſes *Verlöſchen* könnte auch, wäre es *Wille*

[28]) G. L. Böhmer, in princ. jur. can. §. 823. *Archiv* f. d. civiliſt. Prax. B. 1. Abh. 23 §. 24. p. 366. f.

[29]) Martin, §. 109.

[30]) L. 3. Cod. *quomodo et quando judex* rel. 7. 43. Aus dem Verzicht auf den Gebrauch eines *ordentlichen* Rechtsmittels, oder aus deſſen Nichtgebrauch, läſst jener *adſenſus* ſich nicht folgern. Anders, wenn die *Nichtigkeit ſelbſt*, „ob ſie vorhanden ſey, oder nicht?", ein *Streitpunct* wird, der Richter aber erkennt: *die behauptete Nichtigkeit ſey nicht vorhanden*", und nun dieſes Erkenntniſs im Laufe der Nothfriſt zur Einwendung eines Rechtsmittels *unangefochten bleibt*.

[31]) Martin §. 284. Es folgt aus der allgemeinen, L. 3. Cod. *de praeſc. XXX. ann.* 7. 39. ent-

Wille einer positiven Gesetzgebung, in einer bestimmten *kürzern* Zeit geschehen — eben sowohl in zehn Tagen, als binnen dreysig Jahren; allein so wenig ein solches Gesetz als Ausfluss staatsrechtlicher Weisheit sich betrachten liesse, so gewiss enthält es einen unheilbaren Widerspruch, „die *absolut*, in sich selbst *nichtige* Handlung durch einen *Zeitablauf* für *heilbar* zu erklären." Ein solcher Ausspruch der gesetzgebenden Gewalt sagt nichts weniger, als: „in einem solchen Fall solle der gesetzlich festgestellte Begriff und Zweck des Processes *aufgelösst* seyn, und ein *anderer* Begriff die Stelle einnehmen."

§. e.

Positive Nichtigkeiten.

Ausser und *neben* den zum gesetzlich bestimmten Grundwesen des bürgerlichen Processes *absolut* erforderlichen Handlungen sind jedoch von dem Gesetz noch manche andere Handlungen zur Beobachtung in desselben Entwickelung *geboten*. Sie sind das *Gewand* und die *Beförderungs*mittel der Substantialien

enthaltenen, Regel von der Verjährung der Klagen. Das in L. 19. Cod. *de appell.* 49. 1. vorkommende Wort: *praescriptio* bezeichnet: *exceptionem* rei judicatae.

lien. Dortzu gehören insonderheit die gesetzlich constituirten Formalitäten, Feierlichkeiten [32]), des Processes, die Fristen u. dergl. z. B., daſs die Antwort auf die Klage in zergliederten Sätzen geschehen, der Beweis in einer bestimmten Frist angetreten, das Beweismittel im Gericht feierlich producirt werden, das Rechtsmittel wider ein richterliches Urtheil innerhalb zehn Tagen nach deſsen Bekanntmachung eingewendet werden soll, u. s. w.

Insoferne sich nun diese Formalitäten hinwegdenken, oder mit andern verwechseln lieſsen, ohne daſs solches die wesentlichen Grundbestandtheile des Civilprocesses erschüttern und von ihrer Stelle rücken müſste, insofern kann man selbige *zufällige* Bestandtheile des Processes, *accidentalia*, benennen, und den *Essentialien* gegenüberstellen. Insoferne hingegen das Gesetz die Beobachtung dieser Formalien u. s. w. *gebietet*, und alles nichtig ist, was dem Willen des Gesetzes widerstrebt, nicht in der gesetzlich vorgezeichneten Form existent wird [33]), sind sie keineswe-

ges

[32]) Gönner, a. a. O. Thl. II. Abh. XXVIII.

[33]) Cap. 22. X. *de rescriptis* 1. 3. Cap. 64. in *6to.*

de

ges *bloſe Accidentialien*, *zufällige* Erſcheinungen, ſondern ebenfalls *weſentliche* Beſtandtheile des gerichtlichen Verfahrens. Allein ſie ſind *nur poſitiv*-weſentlich, keine *abſolute Folge* aus der *Natur* der Subſtantialien. Ihre Unterlaſſung und Verletzung producirt daher zwar ebenfalls eine *Nichtigkeit*, jedoch eine *blos poſitive* [34]) Nullität, welche die *Subſtantialien* des Proceſſes (§. b.) *nicht berührt* oder *auflöſst*, und alſo *inſoferne heilbar* iſt, mithin aber auch durch den *verzichtenden Willen* der Parteien dergeſtalt zur Seite geſtellt werden kann, daſs der Proceſs dennoch *dieſer*, und *als ſolcher*, mit allen geſetzlichen Folgen, *rechtsgültig* bleibt. Ja *dieſe* Heilung erfolgt ſchon durch das *zehntägige*, einen ſtillſchweigenden Vertrag bildende, *Schweigen* der beein-

de regulis juris. L. 5. Cod. *de legibus.* 1. 14. Gönner, a. a. O. Thl. II. Abh. XXVIII. §. 3. u. d. f. Die L. 5. Cod. all. ſpricht nur von *Perhibitiv*-Geſetzen.

[34]) Beſchluſs des Fürſtenraths v. 18/28 April 1645. vid. not. 19 und Almendingen a. a. O. pag. 298. *Archiv* f. d. civil Praxis P. 1. Abh. 23. §. 21. p. 366. f. Gegen die Verſchuldung einer *poſitiven* Nichtigkeit iſt auch eine *reſtitutio in integrum* rechtsmöglich, nicht aber gegen die *unheilbare* Nichtigkeit.

einträchtigten Partei nach der Eröffnung einer richterlichen, über eine blos positive Nullität hinwegsehenden, Sentenz [35]), so wie durch das, jener Nullität ungeachtet, erfolgende weitere, *unbedingte*, Vorschreiten der streitenden Theile auf dem Wege des eingeschlagenen Processes. Wenn z. B. die an eine ausschliessende Frist gebundene Antretung des Beweises erst *nach* dem *Abfluss* derselben erfolgt, so ist die Befugnis zur Beweisführung positiv erloschen, und der Beweis *in diesem Betracht nichtig*. Nimmt jedoch der Richter den versäumten Beweis noch an, rügt nun auch der Gegner das Versäumnis nicht, sondern schreitet mit dem Beweisführer auf dem Weg des Processes unbedingt weiter voran, läſst sich wohl ein, über jene Nullität hinwegsehendes, das Alter von 10 Tagen be-

[35]) Die sententia *injusta* sive *iniqua*, welche der Reichsabschied v. J. 1654. §. 121., so wie die C. G. O. v. 1521. u. 1555., der sententia *nulla*, i. e. *insanabilis*, entgegen setzt, hat sowohl die *nur positiven* Nichtigkeiten zur Grundlage, (Beschluss des Fürsten-Raths v. 18/28 April. 1654.) als auch *jede andere richterlich entscheidende Verletzung* eines streitenden Theils. Martin §. 283. Im *speciellen* Sinn bezeichnet *nullitas* die *unheilbare* Nichtigkeit.

beſchreitendes, Erkentnis gefallen, ſo iſt ſie *geheilt* — jene *blos poſitive* Nullität. Für den Beweis an ſich betrachtet, als ein ſubſtantieller Beſtandtheil des Proceſſes (§. b. nr. 6.), für die richterliche Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der dem Rechtsſtreit zum Grunde liegenden Thatſachen, iſt es *gleichviel*, ob ihm die *Mittel* zur Erforſchung jener Wahrheitsverhältniſſe einige Zeit *früher* oder *ſpäter* dargebracht werden, und inſoferne hat die poſitive Nichtigkeit auf das abſolute Eſſentiale, worauf ſie ſich nur *beziehet*, auf den Beweis ſelbſt, durchaus keinen *auflöſenden* Einfluſs.

Da nun die poſitive Nullität durch den Willen der Partei ſich heilen läſst, da ſie *nur dann* von Wirkung iſt, wann der Richter von Amtswegen ſie rügen darf und wirklich rügt, oder wann der Gegner, welcher einen Vortheil dorther ableiten kann, dieſen, indem er jene Nullität als Schutzmittel ausdrücklich benützt, wirklich legal ſich zueignet, ſo können *dergleichen* Nichtigkeiten *bedingte* Nullitäten genannt werden, nemlich *durch den Willen des Richters und des ſtreitenden Intereſſenten.* In dieſem Betracht iſt im Gange des Civilproceſſes alles, was *auſser* den *Subſtantialien*, auch *deren* abſolutweſent-

lichen *Beſtandtheilen* und *Mitteln*, nach Vorſchrift der Geſetze beobachtet werden ſoll, nur *bedingt weſentlich.* Doch können die poſitiven Geſetze beſtimmen, daſs ein ſolcher Beſtandtheil als abſolut weſentlich *beurtheilt* werden ſolle [36]).

§. f.

Auſserweſentlich hingegen iſt für das Verfahren im bürgerlichen Rechtsſtreit blos dasjenige, deſſen Anwendung die Geſetze weder *gebieten*, *noch verbieten*, ſondern nur, als einen untergeordneten Zweck in dem Proceſs *erlauben;* z. B. Caution zu fordern u. dergl. [37]). Alle

[36]) L. 3. in fine Cod. *de ſententiis et periculo recitantis.* 7. 44. L. 6. Cod. *quando prov. n. eſt nec.* 7. 64 L. 6. Cod. *de ſent. et interl.* 7. 45. Was einmal für *abſolut weſentlich* erklärt iſt, können die Geſetze nicht hinwegnehmen, ohne die Sache ſelbſt in ihrem Begriff aufzulöſen und umzuformen. Dieſes iſt aber nicht nothwendig der Fall, wann ein im allgemeinen bedingt weſentlicher Act zum abſolut weſentlichen erhoben wird. §. g. not. 43. Die unendliche Zahl der Nullitäten in dem franz. Proceſs rührt daher, weil in ihm die *Formalien* als *abſolut-weſentlich* vorgeſchrieben ſind, ſo daſs ihre Nichtbefolgung unheilbare Nullität nach ſich zieht.

[37]) Martin, §. 299.

§. g.

Alle *abſolut* oder *natürlich* weſentliche Beſtandtheile des Civilproceſſes ſind zugleich *gemeinſchaftliche* Eſſentialien *aller* Arten des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten; ſie ſind ſowohl in dem ordentlichen, feierlichen, Proceſs, als in den ſummariſchen Proceſsarten, die *geſetzliche Grundbedingung.* Nur *Modulationen*, *Verſchiebungen*, und einzelne *Beſchränkungen*, treten in dem Gebiete der einzelnen Proceſsarten hervor, als Folge des *beſondern* Zwecks, oder weil die Verfahrungsart zugleich auf das *mitverwebte Staatsintereſſe* berechnet iſt, an *policeyliche* Verfügungen angrenzt, und daher, als Opfer für das Allgemeine, inſonderheit das Gehör des Beklagten beengt, oder verſchiebt, ohne jedoch es *gänzlich* und *für immer* auszuſchlieſsen. So gehet in manchen Proceſsarten dem Gehör des Beklagten der Beweis, wohl ſelbſt die Verurtheilung [38]) *voran*; allein auch dieſer ſtarke Schein eines Abſeyns des weſentlichen Grundprincips §. b. nr. 4. verſchwindet, wenn man in Erwägung ziehet, daſs dergleichen Ausſprüche des Richters nur eine, wenigſtens *ſtillſchweigend*, *bedingte*,

[38]) Martin, §. 233. u. d. f.

dingte. oder nur *interimiſtiſche* und *proviſoriſche*, Verurtheilung in ſich faſſen [39]), und die ſchwierige Abwendung beſonderer Gefahren bezwecken.

Auch iſt es möglich, daſs in einzelnen Proceſsarten die *äuſsere Entwickelung* der Subſtantialien, die *Mittel*, deren Wirkung hervorzubringen, beſchränckt ſind, z. B. in dem Executivproceſs, wo der Beweis der Klage mit deren Ueberreichung angetreten und ſchlechthin mit klaren erſchöpfenden ſchriftlichen Urkunden geführt werden muſs [40]); allein dadurch, daſs das Geſetz von den zu einem und demſelben Zweck concurrirenden Mitteln einen Theil, als zu jenem Zweck unbrauchbar, hinwegſtreicht [41]), und nur eins oder das andere zum ausſchlieſslich weſentlichen Beſtandtheil des in ſeinem Begriff einfachen Subſtantials erhebt, iſt weder dieſes ſelbſt, noch die Weſentlichkeit jener Mittel, überhaupt aufgehoben.

Die *blos poſitiven* Eſſentialien hingegen können *als ſolche* ſeyn:

1) *ge-*

[39]) Hiervon an ſeinem Orte. M. ſ. Gönner, a. a. O. Thl. I. Abh. VII. §. 8. u. Thl. IV. Abh. 79.

[40]) Martin, §. 239.

[41]) §. e. not. 20.

1) *gemeinſchaftlich*, wann die Geſetze ihre Anwendung auf *alle* Proceſsarten ausdehnen; z. B. die Nothfriſt für die Einwendung der ordentlichen Rechtsmittel [42], das Actenſammeln [43], und dergl.

2) *eigenthümlich*, wann ſie die Geſetze nur in *einer oder der andern Proceſsart* beobachtet wiſſen wollen; z. B. die ſchon erwähnte mit der Klage zu verbindende *Beweisantretung* in dem Hülfsproceſs. *Reſpectiv* weſentlich kann man dasjenige nennen, was die Geſetze *als Ausnahme* in Bezug auf *beſtimmte* Subjecte oder Objecte gebieten, oder verbie-

42) Martin §. 267.

43) Daſs im Gericht alles niedergeſchrieben werde, gebieten die Geſetze (Martin §. 18. n. V. u.*) nur der Ordnung und des ſichern Beweiſes der Verhandlungen wegen. Dieſe *Formalität* iſt alſo nur *bedingt* weſentlich; daher es auch geſtattet iſt, durch *andere* Beweismittel, als durch das Protocoll, ſogar gegen deſſen Inhalt, darzuthun, was vor Gericht verhandelt wurde, Cap. 10 X. *de fide inſtrum.* 2. 22. M. ſ. a. L. 3. §. 4. Cod. *de privil. ſcholarum.* 12. 30. Eine *Ausnahme* macht das röm. R. in Rückſicht auf die Abfaſſung der Erkenntniſſe L. 3. Cod. *de ſententiis et periculo* recit. 7. 44.

bieten; z. B. der klagende Vormund ſolle obrigkeitliche veniam ad agendum beybringen, Allein genau beleuchtet erſcheint hier nur eine *Nebenqualität*, oder *Nebenbeſtimmung*, oder ein *Mittel*, in Hinſicht auf gemeinſchaftliche, oder eigenthümliche, abſolute oder bedingte, Eſſentialien; z. B. die Beſchränkung der Rechtsgültigkeit einer Legitimation zum Proceſs auf die zu der Procuratur und Advocatur öffentlich angeſtellten Subjecte.

§. h.

Grund-Maximen.

Zu einer klaren An- und Ueberſicht der Eſſentialien einer Proceſsart gehört inſonderheit die Kenntniſs des *geſetzlichen Geiſtes* (modus) dieſer Verfahrungsart.

Der gemeine [44]) teutſche Civilproceſs hat *das* gemeinrechtliche Princip zur Baſis: *ſuae quisque rei quilibet moderator eſt et arbiter* [45]) *ideoque juri ſuo renunciare pot-*

[44]) Eben ſo, und vorzüglich, der Sächſiſche bürgerliche Proceſs. Schweitzer, in dem Lehrbuch des Sächſ. bürg. Proceſſes §. 13.

[45]) L. 21. Cod. *mandati.* 4. 35.

potest [45]). Daher ist der Berechtigte so wenig *zwangspflichtig*, sein gestörtes, oder ihm entzogenes, Privatrecht gerichtlich zu verfolgen, als dem Beklagten eine *absolute* Verbindlichkeit zur Vertheidigung obliegt. Jener kann sein Recht verjähren, dieser sich verurtheilen lassen, *will er* dem Verzichtrecht ein solches Opfer bringen. Dieser Grundsatz beschränkt sich nun nicht blos auf das Recht *zu klagen*, oder auf die Klage zu *antworten* und Einreden vorzuschützen, sondern es pflanzt sich fort auf *alle einzelne Acte* des Processes, lebt und webt *in jener* Verhandlung beyder Parteien. Es kann z. B. der zum Beweis pflichtige, oder zum Gegenbeweis berechtigte, Theil, *will* er den Folgen sich unterwerfen, jene Handlung verabsäumen, der Beweisführer darf das ihm bekannte Beweismittel, der Verurtheilte das ihm zu Gebot stehende Rechtsmittel gegen die ungerechte Sentenz des Richters, *unter jener Voraussetzung* unbenützt lassen u. s. w.

Von diesem Princip ausgegangen ist also der Richter *nicht befugt*, als rechtlicher Beistand des Klägers, oder des Beklagten, sich zu beneh-

[46]) L. 46. m. f. Dig. *de pactis*. 2. 14. L. 29 Cod. ej. tit. 2. 3. L. 41. Dig. *de minoribus*. 4. 4.

benehmen, Thatsachen, welche weder der eine noch der andere Theil zur Aufnahme in die Acten vorbrachte, von Amtswegen *hineinzutragen* oder *zu ergänzen*, sondern er muſs insoferne sich *leidend* verhalten, und darf *nur das* als Gegenstand seiner Reflexion und Subsumtion unter das Gesetz ansehen, was die Parteien selbst zu diesem Behuf *ihm darbringen*. *Nur dieses* soll er *verarbeiten*, alles andere Thatsächliche, wäre es ihm auch noch so bekannt, und hätte es den erheblichsten Einfluſs auf den vorliegenden Rechtsstreit, ist für ihn *als Richter* nicht vorhanden [47]. *Insoferne* ist also die richterliche positive Thätigkeit *bedingt* durch den Vortrag der Parteien, *beschränkt* auf diesen, und es wirft sich die Regel heraus: *judex ex officio non procedit.*

Dieses Grundprincip des Processes nennt man: die *Verhandlungs-Maxime* [48], weil der Richter *die Parteien handeln* lassen muſs, nur *deren Verhandlungen* als *Gegenstand* seiner richterlichen Thätigkeit von dem Gesetz ihm vorgesteckt sind. Er selbst würde die Ge-

[47]) Quod non est in actis, non est in mundo. MARTIN §. 65.

[48]) GÖNNER, a. a. O. Thl. I. Abh. VIII.

Gesetze verletzen und in das Privatrecht der Parteien eingreifen, wollte er einen Vortheil dem einen streitenden Theil aufdringen, und dadurch dem andern entziehen.

Man übersehe aber hierbei nicht, daſs jenes Princip: „*der Richter verfährt nicht von Amtswegen*,“ nur auf *Thatsachen* sich beziehet, und daſs der Richter neben der Pflicht, „jene ihm vorgetragenen Facta mit dem Gesetz zusammen zu stellen, und das aus ihnen hervorgehende Rechtsverhältnis zu bestimmen,“ auch noch die *besondere* Amtsverbindlichkeit auf sich hat, „des Processes Gang so zu *leiten*, daſs derselbe seinen *Zweck* erreichen kann — nicht als eine *vergebliche* Handlung in sich selbst zusammenstürzt“ [49]). Vermöge dieser Eigenschaft *eines Directors* des gerichtlichen Streitverfahrens, und der Parteien selbst, muſs er also die *absolut-wesentlichen* Bestandtheile des Processes *immer* im Auge haben, für ihr Daseyn *positiv* thätig werden, und darf *nichts dulden*, was ihr Daseyn untergräbt. Er muſs daher *von Amtswegen* seine eigene Competenz, subjectiv und objectiv, prüfen, die dunkele, unschlüſsige, offenbar rechtlose, Klage und Einrede u. s. w., überhaupt

[49]) Gönner, a. a. O. Thl. I. Abh. X.

haupt alles zwecklose und zweckwidrige, z. B. den offenbar irrelevanten Beweis, verwerfen, die Berichtigung der Legitimationen befehlen, das Wechselgehör der Parteien veranstalten, wenigstens legale Gelegenheit hierzu geben, den Beweis vorgebrachter und seiner Reflexion würdiger, jedoch streitiger, Thatsachen gebieten, nutzlose Eide für unzuläfsig, absolut nichtige Erkenntnisse *ex officio* für unwirksam erklären, überhaupt auf alle Punkte seine *officielle* Aufmerksamkeit richten, deren Beschaffenheit oder Vernachläfsigung in der Folge eine Nichtigkeitsklage begründen könnte. Ja er darf und muss, um seine Vorstellung von den *ihm dargebrachten* factischen Verhältnissen zur Klarheit zu bringen, auch *in dem Bezirk der Thatsachen* selbstthätig werden, er darf die *Aufhellung* dunkel vorgetragener Thatsachen *gebieten*, selbige durch *Fragen* an die vortragende Partei herzustellen suchen u. s. w., [50]) so wie er alles von Amts-

[50]) L. 9. §. 1 u. 6. L. 11. §. 9. Dig. *de interr.* 11, 1. Cap. 10. X. *de fide instr.* 2. 22. Clem. 2. *de verb. signif.* 5. 11. R. A. v. J. 1654. §. 41. a. E. *Archiv* f. d. civ. Praxis, B. 3. pag. 307. *Mittermaier*

Amtswegen zu ergreifen und zu verfügen hat, was den Rechtsstreit, so wie dieser vorliegt und von den Parteien gegeben ist, in seinen innern Theilen kettet und zum Ziel der legalen Entwickelung und Entscheidung führt [51]). *Ausnahmsweise* können die Gesetze den Richter sogar zu der Ergänzung einer Thatsache befugen, ohne daſs hierdurch die Verhandlungs-Maxime aufgelöſst und verbannt würde.

Am wenigsten gebunden ist aber des Richters *rechtswissenschaftliche Reflexion* über die von den Parteien vorgebrachte Thatsachen, insofern er diese *unter das Gesetz subsumirt*, um zu vergleichen, zu urtheilen, ob das, was die Parthei durch jenes ihr Vorbringen *erzielen* will, wirklich *aus dem Gesetz folgt*, mithin *als Recht* von Staatswegen anzuerkennen und auszusprechen sey. Hier stehet dem Richter das *ganze Gebiet* der ihn beherrschenden Gesetzgebung offen; das Gesetz-

maier der gem. deut. bürg. Prozeſs, in Vergleichung mit dem preuſs und franz. Civilverfahren u. s. w. Bonn 1820. §. 8. p. 46 f. Die Vorrede zu meiner Anleit. zur gerichtl. Praxis u. s. w.

[51]) Gönner, a. a. O. Thl. I. Abh. IX.

ſetzbuch vertritt die, *für* und *gegen* jede Partei von ſelbſt ſprechenden, allgemein gültigen, jedem einzelnen Rechtsſtreit *ſtillſchweigend einverleibten*, Acten, *aus welchen* er ſchöpft und anwendet, die Partei und ihr Rechtsbeyſtand mag ſich richtig oder falſch, oder gar nicht, darauf bezogen haben. *Dieſes richteramtliche Ergänzungsrecht*, *dieſe* Ergänzungs*pflicht* bezeichnen die Geſetze durch die, nicht auf Thatſachen zu erſtreckenden, Worte: *non dubitandum eſt*, *judicem*, *ſi quid a litigatoribus*, *vel ab his*, *qui negotiis adſiſtunt*, *minus fuerit dictum*, *id ſupplere*, *et proferre*, *quod ſciat legibus et juri publico convenire* [52])

So wie aber die Natur des Proceſſes, die Feſtſtellung deſsen Grundprincipien, und der ganze Gang ſeiner Entwickelung von dem Willen der Geſetzgebung jedes unabhängigen Staates ausgehet [53]), ſo kann dieſer auch wollen, daſs der Richter, ſobald ſolcher als Staatsrepräſentant um Rechtshülfe angerufen worden iſt, *von Amtswegen* alle *Mittel* ergreife,

[52]) L. un. Cod. *ut quae deſunt advocatis partium judex ſuppleat*. 2. 11.

[53]) Abhandl. II. §. a.

greife, das Rechtsverhältniſs zwiſchen dem Kläger und Beklagten zu erörtern, an das Licht zu ziehen, und alsdann durch einen richterlichen Ausſpruch das Recht und die Verbindlichkeit der ſtreitenden Theile gegen einander feſtzuſtellen. Zu dieſem Zweck kann der Geſetzgeber den Richter befugen, z. B. auch die thatſächlichen Einreden des Beklagten von dieſem, um ſie den Acten einzuverleiben, *fragend zu erforſchen*, eben ſo die Beweismittel jeder Partei zu erfragen, oder auch wohl aus eigener Amtswiſſenſchaft ſolche Beweismittel u. dgl., welche keiner der ſtreitenden Theile bemerklich gemacht hat, *hinzuzufügen*, kurz faſt ſo, wie der Richter von Amtswegen die Wahrheit und den Thäter eines *Verbrechens inquiſitoriſch* zu erforſchen und juridiſch feſtzuſtellen ſich bemühet, das ſtreitige civilrechtliche Verhältnis der Intereſſenten zu entwickeln.

Iſt *dieſes* der Wille der Geſetze, ſo kann man ſagen: „der Civilproceſs beruhe auf der *Unterſuchungs*-Maxime" [54]). Sie *herrſcht* in dem

[54]) Gönner, a. a. O. Thl. I. Abh. VIII. §. 10. u. d. f.

dem Preussischen bürgerlichen Procefs [55]), und man darf verneinen, dafs ihre Vortheile diejenigen überwögen, welche aus der Verhandlungs-Maxime des teutschen gemeinen und Sächsischen Processes für die privatrechtliche Freiheit der Parteien hervorgehen. Dem teutschen Character entspricht die Verhandlungs-Maxime weit mehr, und nicht diese, sondern ihre, einer Verbesserung leicht fähige, *Ausartung* in einen schändlichen Schlendrian träger Richter und eigennütziger, im Felde der Rechtswissenschaft unbekannter, Form-Advocaten, verbunden mit zwecklosen Weitschichtigkeiten und entbehrlichen Formalitäten, ist der Grund, warum sie in Hinsicht der Kürze, zu dem Endziel des Processes zu gelangen, dem Verfahren nach jener, der *Heimlichkeit angehörigen*, Untersuchungs-Maxime nachstehet [56]). Wenig-

55) Fr. v. Martens, Geist des Preussischen Civil-Processes. Halberst. 1802. *Mittermaier* a. a. O. §. 8. p. 49. ff.

56) Man besolde nur gehörig solche Richter, welche mit einer umfassenden Rechtskenntnis einen lebendigen, des Dirigirens mächtigen, Geist verbinden und entlasse sie der die Rechts-pflege

nigstens sorge das Land, welches diese adoptiren oder nachahmen wollte, für rechtskluge Richter von strengster Gewissenhaftigkeit und unbestechlicher Redlichkeit [57]).

IV.

pflege tödtenden Administrations-Geschäfte, veredle den zur Handwerkerei sich neigenden Advocatenstand, beschränke die Schriften und Sätze auf die Duplik, kürze die Beweis- und andere Formalien, gestatte jedem Theil in dem Hauptverfahren nur *eine* Schrift, verhindere insonderheit die gedehnten Wiederholungen in den Revisions- Leuterungs- und Appellations-Instanzen, lasse überall die in den teutschen Gesetzen so stark ausgesprochene *Eventual-Maxime* (m. Anleit. zur ger. Praxis. §. 19. Nota 1. mit der *Vorrede*) thätig seyn u. s. w., so wird die Verhandlungs-Maxime, und die in solcher liegende freie Selbstständigkeit und Würde der Parteien, sich vorzüglich bewähren, als der sicherste Weg zu dem materiellen Recht, als Schutz gegen Leidenschaft und Willkühr befangener Richter, und selbst als Mittel, die Wissenschaft des Processes höher auszubilden und zu befestigen. Vergl. a. die angez. *Vorrede* zu m. Anleitung zur ger. Praxis.

[57]) Die nähere vergleichende Beleuchtung der Verhandlungs- u. Untersuchungs-Maxime findet man in *Mittermaiers* Note 50 angezogenen Schrift, deren baldige Fortsetzung sehr zu wünschen ist. Ueber die Begriffe des *mündlichen* u. *schriftlichen*, des *öffentlichen* und *heimlichen* Verfahrens u. dgl., s. m. Anleit. zur ger. Praxis §. 5. u. 6.

IV.

Abhandlung

Zu §. 27. 28. 29. 30.

Connexität, Zuſammenhang, Verwandtſchaft, formelle, materielle. Hauptſache. Nebenſachen. Vorbereitende, — praejudicielle, — Incident-Puncte.

§. a.

Connex nennt man zwey oder mehrere Gegenſtände des gerichtlichen Verfahrens, d. h. zwey oder mehrere im Rechtsſtreit befangene, oder hierzu ſich eignende, Puncte, wann ſie entweder

A), ohne *urſprünglich* unter ſich verwandt zu ſeyn, oder in einem rechtsverhältlichen *Bezug* auf einander zu ſtehen, dennoch in dem Gange des Proceſſes mit einander *vereiniget werden*, ſey dieſes

1) vermöge geſetzlicher *Erlaubnis*, oder

2) im Gefolge eines *Befehls* der Geſetze, oder

oder wann dieſelben

B) ſchon ihrem *Urſprung*, ihrer *Quelle*, nach in einer *natürlichen*, *factiſchen*, Verwandtſchaft ſtehen, oder *auf das nämliche Obiect eines Rechtsverhältniſſes ſich beziehen*, wenigſtens in Hinſicht auf die Rechtsverfolgung bezugsweiſe ſich unterſtützen, oder mit Einfluſs berühren.

§. b.

Die §. a. unter A. beſchriebene äuſsere Verbindung mehrerer Proceſsgegenſtände erhält den Nahmen „der blos *formellen* Connexität" — *continentia cauſarum mere extrinſeca* [1]) — weil die mehreren Streitpuncte nur *durch die äuſsere Form des Proceſsganges* in Verbindung treten — durch die Acten des Rechtsſtreits ein *gemeinſchaftliches Gewand* erhalten.

Geſchiehet dieſes weil die Geſetze die Form-Verbindung *deshalb* erlauben, um einer

[1]) Gönner, in dem Handb. u. ſ. w. Thl. II. Abh. XXV. §. 7. u. d. f. nennt es die *ſubjective* Connexität, indem *nicht die Objecte* der mehreren Streitfragen in Verbindung oder Bezug ſtehen, ſondern die Verbindung nur durch die proceſſualiſche Handlung einer Partei — eines Subjects — begründet und hervorgebracht wird.

ner Partei, ſei es dem Kläger oder dem Beklagten, einen *Vortheil* zu verſchaffen, ihm die Rechtsverfolgung oder Vertheidigung zu erleichtern, ſo bildet ſich durch eines ſtreitenden Theils Benützung dieſes Vortheils die *willkührliche* formelle Connexität.

Dahin gehört hauptſächlich:

1) die objective Klagenhäufung [2]) —

2) des Beklagten *gleichzeitiger* Vortrag mehrerer, ihrem factiſchen Grund nach verſchiedener, Einreden gegen die nämliche Klage [3]) —

3) das gemeinrechtlich geſtattete Anbringen und Durchführen einer Wiederklage in den Acten der Hauptklage, ſtänden auch beide, der Quelle nach, oder durch das Object, durchaus in keiner Verwandtſchaft [4])

Gebietet aber das Geſetz die Verbindung durch die Form, ſo entſtehet eine *nothwendige* formelle Connexität. Als Beiſpiel gehört da-

2) Martin, §. 135. *I. L. Schmidt*, Lehrb. v. ger. Klagen und Einreden §. 105 ff.

3) Martin, §. 93. f.

4) Martin, §. 148. *Archiv* f. d. civiliſt. Prax. Bd. 4. Abh. 16. §. 9. f.

dahin der Concursproceſs [5]), in welchem der Gläubiger, will er ſich von der Maſſe nicht ausſchlieſsen laſſen, zwangsverbindlich iſt, ſeine ſämtlichen Forderungen an den Gemeinſchuldner, gegen die Regel des Verbots einer ſubjectiven Klagenhäufung, in den nämlichen Acten anzubringen und zu verhandeln in welchen auch die übrigen Gläubiger zu gleichem Zweck thätig werden.

§. c.

Ohne den Willen des Geſetzes kann die formelle Connexität *nicht erlaubt ſeyn*, indem ungebundene Willkühr, ſie hervorzubringen, den Proceſsgang in Verwirrung ſetzen und hemmen würde. Daher iſt namentlich die *ſubjective* Klagenhäufung als Regel *verboten* *), iſt aber jene Form-Verbindung geſetzlich geſtattet, ſo iſt ſie in Rückſicht auf das zu ihr *berechtigte* Subject der Regel und Vermuthung nach *nur willkührlich*; der Gegner hat kein Zwangsrecht, ſie zu fordern, der auf ſie verzichtende Theil verliert nichts weiter, als den ihm vom Geſetz dargebotenen

5) Martin, §. 310. u. d. f.

*) Schmidt, a. a. O. §. 106. Martin §. 135. Danz, in den Grundſätzen des ordentl. Proceſſes §. 81.

nen Vortheil der *gleichzeitigen*, refp. mehr bequemen, *Verhandlung* und *Entfcheidung*. Die Gefetze, welche ein anderes Princip aufzuftellen fcheinen, find eines Theils von einer Art der *materiellen* Connexität mehrerer, *deshalb* an einen und denfelben Gerichtsftand gewiefener, Streitpuncte zu verftehen, und andern Theils mit befondern *Nebenverhältnifsen* bedingt. Denn z. B. Cap. 43. X. *de refcriptis* 1. 3. fpricht von einem *bösabfichtlichen*, *chicanöfen*, gleichzeitigen Angriff auf den Beklagten in mehreren Gerichten, um denfelben durch überhäufte Arbeit und einen läftigen Koftenaufwand zu ermüden, fo aber zu nöthigen, dem Kläger aus Ueberdrufs nachzugeben, und fchliefst hingegen eine *redliche*, jenen fchändlichen Zweck nicht beabfichtigende, Trennung mehrerer felbftftändigen Klagen und deren gleichzeitige Verfolgung in verfchiedenen Gerichten keinesweges aus[6]). Auf *jenes Verbot* beziehet fich Cap. 3. in

[6]) Von folchen Klagen, deren eine die andere aufhebt, z. B. L. 43. Dig. *de regulis juris*. 50. 17. L. 53. Dig. *de obl. et act.* 44. 7. L. 4. §. 2. Dig. *de nox. act.* 9. 4. L. 6. Dig. *de except. rei jud.* 44. 1. ift hier nicht die Rede. Glück, in der Erl. de Pand. Thl. IV. §. 284. d.

3. in *6to de rescriptis* 1. 3. ausdrücklich zurück, und aus der Nov. 96. cap. 2. leuchtet nach dem Inhalt der Schlussworte [7]), derselbe Geist — Chikane zu verhüten. Selbst die aus den beiden letztern Gesetzen gefolgerte Vorschrift, „der Beklagte dürfe den Kläger, so lange die Conventionssache noch fortdauert, bei einem andern Gericht nicht belangen“ [8]), ist in jenes Gebiet einer *beabsichtigten Chikane* zu verweisen; und wenn insonderheit Cap. 3. cit. dem Beklagten zu gebieten scheint, „die abgesonderte Wiederklage[9]) nur bei dem Richter der Hauptklage anzubringen“, so wird hierbei gewiss eine *materielle* Connexität der gegenseitigen Ansprüche vorausgesetzt.

§. d.

Auf den *Ort* der processualischen Verhandlung hat die Wahl einer *formellen* Verbindung verschiedener Streitpunkte *insoferne* Einfluss, als durch dieselbe ein *specieller Gerichts-*

7) „Ut ita tales eorum auferamus artes, et in alterutros calumnias.“

8) Schmidt, in dem Lehrb. v. ger. Klag. und Einr. §. 85. n. e.

9) Martin, §. 148. Schmidt, a. a. O. §. 86.

richtsſtand begründet werden kann [10]). Der *Proceſsgang ſelbſt* aber wird durch die hergeſtellte Form-Connexität *inſoferne* beſtimmt, als die auf dieſe Weiſe vereinigten Streitpunkte als Vorwurf *eines und deſſelben* einzelnen Proceſſes betrachtet, gleichzeitig, nach *einerlei Proceſsregeln*, verhandelt und entſchieden werden, mithin aber auch von der *die Verbindung durch die Form* wählenden Partei dergeſtalt aufzuſtellen ſind, daſs ihr gemeinſchaftliches Gewand, die Form, über alle zugleich ſich verbreite, und ſo das Ganze nach gleichmäſigen Principien des Proceſsganges ſich leiten und beherrſchen läſst.

Wer z. B. zu der objectiven Klagenhäufung vorſchreitet, muſs in Hinſicht auf *ſämtliche* in der Klagſchrift vorgetragene Klagen *eine und die nämliche*, für *alle* zuläſsige, Proceſsart wählen [11]), und erwarten, daſs wenn auch eine oder die andere Klage *früher* erwieſen wäre, als die andere [12]), doch das End-

[10]) Martin, §. 51.

[11]) Glück, in der Erläuter. d. Pand. Thl. IV. §. 284. c. nr. 16.

[12]) Z. B. durch des Beklagten Geſtändnis in der Einlaſſung. Die Praxis beleidiget oft das obige conſequente Princip.

Enderkenntnis und die Hülfsvollſtreckung in Rückſicht auf die erſtere nicht eher erfolgt, als bis auch die unerwieſene Klage zu dem nämlichen Ziel vorgerückt iſt. Eben ſo muſs der Wiederkläger, will er ſeine Wiederklage mit der Hauptklage in *den nämlichen Acten* verhandelt und entſchieden haben, nach der *von dem Hauptkläger gewählten Proceſsart* ſich bequemen [13]) Da es nun möglich iſt, daſs eine jener gehäuften Klagen, würde ſie abgeſondert angeſtellt, zu einer mehr ſchleunigen Verfahrungsart ſich eignet, und der Kläger durch *dieſe* weit einfacher und ſchneller zu ſeinem Ziel, Verurtheilung des Beklagten u. ſ. w., vordringen, da eben dieſes in Hinſicht auf die Wiederklage der Fall ſeyn kann, u. dergl., ſo erheiſcht es juridiſche Vorſicht, zuvörderſt, ehe man zur Production einer erlaubten formellen Connexität willkührlich vorſchreitet, die einzelnen Streitpuncte nach deren beſondern Natur zu beleuchten, und die *Folgen* der Vereinigung nach den Grundſätzen der Proceſstheorie in Erwägung zu ziehen.

§. e.

[13]) Glück, a. a. O. Thl. III. §. 204. u. 305. nr. III.

§. e.

Die §. a. lit. B. angedeutete *natürliche* und *ſich beziehende* Verwandtſchaft mehrerer Streitpuncte giebt den Begriff der *materiellen* Connexität — *continentia cauſarum intriſeca*[14]).

Sie iſt vorhanden,

1) inſoferne zwei, ſey es a) ihrem Object und Zweck nach verſchiedene[15]), oder b) *denſelben* Gegenſtand berührende[16]), die Grundlage zu zwei abgeſonderten Proceſſen darbietende, Rechtsſachen *aus den nämlichen factiſchen Verhältniſſen entſpringen*[17]). Z. B. die durch ein Ver-

14) Gönner, a. a. O. nennt dieſes die *objective* Connexität, weil die mehreren Streitpunkte auf das Object der Hauptſache ſich beziehen. Es dürfte jedoch dieſer Begriff zu enge, und nur auf die unter 1 b) bezeichneten Rechtsſachen anwendbar ſeyn.

15) L. un. Cod. *quando civilis actio*. rel. 9. 31.

16) L. 5. Dig. *de exceptione rei judic.* 44. 2. Ueberhaupt dient die Klagen-Concurrenz hier als Beyſpiel. Martin, §. 91. Thibaut, in dem Syſtem des Pand. R. Thl. I. §. 67. Glück, in der Erl. der Pand. Th. IV. §. 284. a.

17) Gönner, in dem Handb. Thl. I. Abh. XXV. §. 11.

Verbrechen begründete Criminal- und Civil-Klage, oder zwei *electiv* concurrirende Rechtsverfolgungs-Mittel. — 2) in dem Verhältnis der *Zubehörungen* und *Nebenforderungen* zu der Hauptsache; z. B. Früchte des Streitobjectes, Zinsen des geklagten Darlehns, Kostenaufwand des Rechtsstreites u. dergl. [18]) — 3) insofern eine Rechtssache mit derjenigen, welche den *Hauptzweck* der Partei verfolgt, mit *dieser Hauptsache*, dergestalt in Verbindung stehet, dass erstere entweder als gesetzliche *Bedingung* der letztern, oder als deren *Beförderungs-Mittel*, erscheint, oder sonst, ihrer Natur nach, *Einfluss* auf den *Processgang* und die *Entscheidung* der Hauptsache hat.

Daher

§. 11. und Danz, in d. Grundf. d. ord. Proc. §. 54. bezeichnen dieses mit dem Nahmen: *connexe Sachen im eigentlichen Sinne.* Sie sind allerdings durch die Geburt, oder das Object, verwandt, können aber im Rechtsverfolgungs-Gebiet bald getrennt, bald vereint, erscheinen, je nachdem das Gesetz es erlaubt, gebietet, oder verbietet.

[18]) *Accessionen.* Martin, §. 87.

Die unter 2) erwähnten Gegenstände, welche man den Nebenpunkten beyzuzählen pflegt, sind

Daher entsteht der Begriff:

a) der *präjudiciellen* Streitsachen und *Präjudicial-Punkte.*

Wird nemlich über ein Recht gestritten, dessen Anerkennung und Ausspruch durch den Richter von der Existenz oder Nichtexistenz einer andern Rechtsthatsache *abhängt*, so bildet diese *Vorfrage*, dieser Präliminar-Punkt, die *Präjudicial-Sache* [19]), das hiervon abhängige, den *Hauptzweck* der Partei in sich enthaltende, Rechtsverhältnis hingegen die *Hauptsache* —

b) der *präparatorischen* Streitsachen oder Puncte; d. h. welche die zur Rechtsverfolgung bestimmte Hauptsache nur vor-

zufällige Theile der Hauptsache. Claproth, a. a. O. Thl. I. §. 100. Wenn aber dieser und Danz, in den Grundſ. d. bürgerl. Processes, §. 53. not. a), auch die *Wiederklage* und *Principal-Intervention* dorthin rechnen wollen, so ist solches dahin zu berichtigen, dass diese Puncte zugleich als *selbstständige* Hauptsachen betrachtet werden können.

19) Dahin gehören insonderheit die einen affirmativen oder negativen *Rechtszustand* verfolgenden Klagen, die eben deshalb den Namen *Präjudicial*-Klagen führen. Schmidt, a. a. O. §. 218. u. d. f.

vorbereiten, etwas *zum Voraus* herſtellen, was die Eröffnung des Hauptproceſſes inſtruirt, erleichtert, befeſtiget, deſsen Vorſchritt befördert, oder die etwas entfernen, was jene Rechtsverfolgung erſchweren und hemmen könnte [20]) —

c) der *Incident*-Streitfragen und Punkte, oder *Zwiſchen*handlungen; d. h. welche durch die Hauptſache *producirt* oder *veranlaſst* werden, und, wegen des Einfluſſes auf dieſe, *neben* oder *mit* ſolcher verhandelt und feſtgeſtellt werden müſſen [21]).

§. f.

Abgeſehen davon, daſs vorzüglich *präjudicielle* und *präparatoriſche*, ja ſelbſt manche

[20]) Z. B. die *actio ad exhibendum*, die *Aufforderungen zur Klage*, Auswirkung der *venia agendi*, *Bevormundungen*, *Urkundeneditions - Geſuche*, des Klägers *Perhorreſcenz* des ordentlichen Richters, Bitte um einen *commiſariſchen Richter*, u. dergl. Claproth, a. a. O. Thl. I. §. 96. 97 u. 98.

[21]) Z. B. die *Wiedereinſetzung in den vor. R. St.* gegen verſäumte Friſten u. dgl., *Wiederaufnahme des Rechtsſtreits*, *Litisdenunciation*, *nominatio autoris*, *Intervention*, *Ungehorſamsbeſchuldigungen*, u. dergl.

che *incidirende*, Streitfragen einen *für sich selbständigen* und unabhängigen Proceſs begründen und bilden [22]), mithin *insoferne* als eine *Hauptsache* betrachtet werden können, darf man alle übrigen Präducial-, vorbereitende, und Incident-Punkte „*Neben-Punkte*“ nennen. Einem allgemeinen Begriff nach ist nämlich in dem Proceſsgange alles *Neben-sache*, was *nur mittelbar* auf den *Hauptzweck* des Klägers oder Beklagten — auf dessen Verurtheilung oder Entbindung — hinarbeitet, oder *ausser und neben diesem Hauptzweck* dem Rechtsstreit sich *beimischt* [23]). Es mögte hingegen

[22]) Z. B. alle *Präjudicialklagen;* auch die *actio ad exhibendum*, *Urkundenedition*, insoferne das Document einem Nichtinteressenten des Rechtsstreits abverlangt wird, die Principal-Intervention u. s. w.

[23]) Daſs sich die Nebensachen a) entweder auf die *Subjecte* des Processes beziehen, d. h. auf das Gericht, die Parteien und deren Nebenpersonen, z. B. *Perhorrescenz*, *Armenrecht*, *Legitimationen* u. d. gl., oder b) auf die *Sache* selbst, z. B. *Editions-Gesuche*, *Beweis zum bleibenden Gedächtnis* u. d. gl., oder c) auf die *Verfahrungs-Art*, z. B. *Fristgesuche* u. d. gl. Claproth a. a. O. §. 96. u. d. f. Danz, a. O. §. 51. u. d. f. folgt aus dem Wesen des Processes. Allein diese Eintheilung trägt zur Klarheit wenig bey, und es ist auch ein *gemischtes* Verhältnis denkbar.

gegen höchſt ſchwierig bleiben, ſolche Eintheilungsgründe der *präjudiciellen*, *präparatoriſchen* und *Incident*-Punkte aufzuſtellen, wodurch der Begriff dieſer einzelnen Erſcheinungen im Proceſs ſo ſcharf beſtimmt und geſondert würde, daſs er in jedem Falle *rein* ſich zur Anwendung bringen lieſse. Denn ſo wie ſelbige nicht immer als juriſtiſche *Streitfragen*, ſondern häufig nur als Gegenſtand und Handlungen der *nicht ſtreitigen* Gerichtsbarkeit, ſich darſtellen [24]), und, auf dieſe Eigenſchaft hingeſehen, an ſich betrachtet, ſogar auſser dem *richterlichen* Geſchäftskreiſs liegen [24]), ſo ſind auch die mehrſten jener Nebenpunkte ſo *gemiſchter* Natur, daſs faſt jeder einzelne in dem *einen* Fall als *präparatoriſch*, in dem *andern* als *präjudiciell*, und in dem *dritten* als ein ſogenannter *Incidentpunkt*, hervortritt, beſonders je nachdem man den einzelnen Nebenpunkt auf die *ganze Hauptſache*, oder nur auf *einzelne Abſchnitte* und *Acte des Proceſsganges beziehet*. So kann z. B. die Edition einer Urkunde in Hinſicht auf eine aus dieſer zu ſchöpfende Inſtruction für einen beabſichtigten Proceſs als ein

[24]) Z. B. *venia ad agendum*, die *Bevormundungen*.

[25]) mit Anleitung zur ger. Praxis §. 5. p. 5.

ein *präparatorischer* Punkt betrachtet werden, in Hinsicht auf einen blos von ihrem Inhalt abhängigen Beweis aber als ein *incidirender*[26]) *Präjudicial*-Punct erscheinen. Letztere Eigenschaft hat insonderheit nicht selten die venia ad agendum, oder auch die Legitimation zur Sache, deren Mangel noch da zur Sprache kommen kann wo das rechtskräftige Erkenntnis des Richters vollstreckt werden soll[27]), ingleichen jede Ungehorsamsbeschuldigung[28]), von deren Grund oft der Gewinn oder Verlust der Hauptsache abhängig ist. Und bildet nicht die Principal-Intervention der Regel nach einen wahren selbstständigen Präjudicial-Punct[29])? Hat nicht das Gesuch

[26]) Denn das Gesuch um Herausgabe eines Documents ist ja mitten im Process, da, wo man den Beweis antritt, noch zuläſſig. Martin, §. 305. Auch die exceptio spolii dient hier zum Beyspiel. Oelze, in der Anleit. zur ger. Praxis. §. 138.

[27]) Dapp, in der Lehre v. d. Legitimation. §. 5. not. k. Danz, a. a. O. §. 127.

[28]) Martin, §. 117.

[29]) Denn wird dem Intervenienten das Object des Rechtsstreites zugesprochen, so erlischt der von dem ursprünglichen Kläger und Beklagten eingeleitete Process.

Gesuch um Restitution gegen Versäumnis diese Natur, sowohl in Hinsicht auf die ganze Streitsache, als auf einzelne Processhandlungen?

Dieses nun fühlte Martin und glaubte die Unvollkommenheit der von genialischen Processkennern [30]) beibehaltenen Eintheilung der *präjudiciellen*, *vorbereitenden* und *Incident*-Puncte dadurch zu beseitigen, dass er *zwei* Eintheilungsgründe der Nebensachen aufstellt, je nachdem nämlich diese entweder α) nach der Verschiedenheit ihres *Einflusses* auf die *dependente* Hauptsache, oder β) in Hinsicht auf ihre *Entstehung* nach *anhängig gewordener* Hauptsache, in Betracht gezogen werden. Dort findet er nur *vorbereitende* und *präjudicielle* Sachen, hier *Incident*-Sachen, welche dann die Natur einer vorbereitenden, oder präjudiciellen, haben *können*, oder auch, ohne *diese* Eigenschaft, als ein reiner Nebenpunct sich auffassen lassen [31]). Allein

[30]) Gönner, a. a. O. Thl. I. Abh. XXV. §. 11. und in den jurist. Abhandl. Thl. II. Abh. 7. Grolman, a. a. O. §. 73.

[31]) So muss man wohl den Inhalt des §. 28 und 30. verstehen? Eine nähere Erläuterung gab Martin

lein *auch letztere* ſind nie *ohne Einfluſs* [32]) auf die Hauptſache, und wenigſtens trübte und zerſtöhrt MARTIN jene ſeine Eintheilung in den beiden nachfolgenden §§. 29 u. 30 durch eine inconſequente Anwendung und unrichtige Principien. Denn die vorbereitenden und Präjudicial-Sachen ſind *nicht immer* unabhängig von früherer Exiſtenz eines andern Rechtsſtreites, ſondern es läſst ſich dieſes nur von den Präjudicial-*Klagen*, und von *denjenigen* präparatoriſchen Rechtsmitteln behaupten, die einen *beſondern, ſelbſtſtändigen*, Proceſs begründen, und inſoweit als eine durch ſich ſelbſt exiſtirende *Hauptſache* zu betrachten ſind. Die übrigen vorbereitenden [33]) und präjudiciellen Streitpuncte nehmen

MARTIN in den Heidelberger Jahrbüchern der Literatur. 1815. S. 532.

[32]) Haben ſie dieſen in keiner Rückſicht, ſo ſind ſie ganz zwecklos und unnütz. Wenigſtens iſt MARTIN, und mit ihm GÖNNER cit. §. 30. not. t. u. w., inſoferne nicht klar. Man ſehe jedoch auch hier die Heidelb. Jahrbücher a. a. O.

[33]) Diejenigen, welche nur in Handlungen der nichtſtreitigen Gerichtsbarkeit beſtehen, z. B. Bevormundungen, werden oft im *Laufe* des Proceſſes *erſt nachgeholt*.

men ebenfalls erst *in dem Procefs*, und *durch* diesen, ihren Ursprung, und sind also *von dessen früherer Existenz abhängig*. Eine Principal-*Intervention* z. B. ist erst dann denkbar, wann zwei Subjecte über ein Object *bereits im Procefs befangen sind*; und was sind die Gesuche um Restitution gegen Versäumnisse u. s. w. anders, als *präjudicielle Incident-Puncte* [34]), was ist die Urkunden-Edition vor dem Antritt eines Beweises anders, als *diesen vorbereitend* [35])? Gehet denn die Legitimatio ad causam der Eröffnung des Procefses immer voran, und mufs nicht dieser wahre und absolut wesentliche Präjudicial-Punct sogar noch nach der definitiven Entscheidung der Hauptsache in dem Act der Hülfsvollstreckung berücksichtiget werden? Ungegründet lehrt auch Martin, „dafs die vorbereitenden Punkte *nur unter denselben Hauptsubjecten* einträten," da z. B. die Edition einer Urkunde von einem im Streit der Hauptsache gar nicht befangenen *Dritten* [36]) gefordert werden kann, und

[34]) L. 33. Dig. *de re judicata*. 42. 1.

[35]) Man prüfe nur sämtliche *in dem Verfahren entspringende* Nebenpunkte, um die mehrsten als präjudiciell oder vorbereitend zu erkennen!

[36]) Martin, §. 305. g.

und bei manchen andern Punkten *des Gegners Concurrenz* ganz unnöthig iſt, z. B. um veniam ad agendum auszuwirken, Vormünder beſtellen zu laſſen, u. dergl.

Auch *können* ſelbſt die Präparatoriſchen Punkte, z. B. das Verfahren über die Herausgabe eines Documents, den Rechtsſtreit *hemmen*.

Dahingegen veranlaſſen die *Präjudicial*-Punkte nur ſelten eine ſolche Hemmung. Selbſt mit der Präjudicial-Klage, ſo wie mit der Imploration um Wiedereinſetzung in den vorigen Rechtsſtand, wird die von ihr abhängige Hauptſache häufig *zugleich*, in der Form einer *ſucceſſiven Klagenhäufung*, angebracht und dergeſtalt *gleichzeitig* verhandelt, daſs *über beide* in *einer* Sentenz abgeſprochen werden kann. Nur liegt hierbey die Eventual-Maxime zum Grund — der Präjudicial-Punkt iſt dem Auge des Richters *zunächſt* vorgeſteckt; kommt es zur Entſcheidung, ſo wendet ſich deſſelben Reflexion *zuerſt* auf die Vorfrage. Deren Trennung von der Hauptſache iſt jedoch in der Regel der Willkühr nicht entzogen. Auch kann Verſchiedenheit des Gerichtsſtandes [37]), oder ein die Präjudicial-

Sache

[37]) Cap. 3. X. *de ordine cognitionum*. 2. 10.

Sache begünſtigender Wille des Geſetzes [38]), oder die Natur der einzelnen Sache [39]), jene Trennung erfordern.

Ferner giebt es Incident-Sachen, welche zugleich als Hauptſache betrachtet und behandelt werden müſſen. Das Beyſpiel giebt die ſchon oft erwähnte Principal-Intervention, und andere incidirende Hauptſachen [40]).

§. 8.

Man laſſe alſo die Eintheilungsgründe [41]) dieſer vielfachen [42]) Erſcheinungen in dem Pro-

[38]) L. 35. Dig. *de iure fisci.* 49. 14.

[39]) L. 35. cit. L. 42. pr. Dig. *de noxalibus actionibus.* 9. 4.

[40]) Cap. 8. X. *de donationibus inter vir. et uxorem.* 4. 20.

[41]) Es lieſsen ſich deren, ſtatt *zwey*, noch *mehrere* aufſtellen, wäre hierdurch für die Wiſſenſchaft etwas zu gewinnen.

[42]) Auſser den ſeither *beyſpielsweiſse* erwähnten Nebenpunkten giebt es deren noch viele. So ſind die Geſuche um *Sequeſtration* des Streitobjectes, um *Arreſt-Verfügung*, um das *Armenrecht*, der Antrag, den Gegner zum *Vorſchuſs der Unkoſten* anzuhalten, *Friſtgeſuche*, der *Beweis zum bleibenden Gedächtnis*, u. ſ. w. dahin zu zählen. Oft *verweben* ſie ſich *mit den Verhandlungen*

Procefs lieber hinweg, und begnüge fich mit den Grundregeln:

1) mehrere *Hauptfachen* können materiell connex feyn,

a) ihrer *Quelle* oder dem *Object* nach —

b) fo, dafs die eine der andern als *vorbereitend*, oder als *präjudiciell*, oder als *Veranlaffung*, voran gehet; in welchem letztern Fall die *veranlafste* eine *Incident-Hauptfache* genannt wird, und fowohl

α) einen Präjudicialpunkt der *veranlaffenden* bilden [43]), als

β) von *diefer* abhängig feyn [44]), oder

γ) als eine *felbftftändige Hauptfache* betrachtet werden kann [45]).

2) die

lungen der Hauptfache, ohne einen *Zwifchen-Act* zu veranlaffen; oft aber erfcheinen fie auch während des Proceffes *gefondert*, und können dann *Zwifchenhandlungen* im eigentlichen Sinne genannt werden.

43) L. 1. Cod. *ordine judiciorum.* 3. 8. L. 3. Cod. *de judiciis.* 3. 1. L. 16. Dig. *de except.* 44. 2.

44) Cap. 3. cit. X. 4. 20. L. 1. Cod. *de offic. rectoris provinc.* 1. 40.

45) Wenn z. B. nach angeftellter petitorifcher Klage die Streitfrage über den Befitz fich beimifcht, oder nach

2) die *Nebensachen* (§. f.) sind, in Hinsicht auf den Processgang der Hauptsache, entweder *vorbereitend*, oder *präjudiciell*, oder *beides*, oder *provisorisch* [46]), *rein* oder *gemischt*, oder *weder* vorbereitend, *noch* präjudiciell oder provisorisch [47]) Werden sie erst *nach der Eröffnung des Rechtsstreits* über die Hauptsache angebracht oder beseitiget, so erhal-

nach angebrachter Besitzklage über die *Klarheit* des petitorii gestritten wird, so läfst keiner dieser Streitpunkte als *Nebensache* sich ansehen; L. 12. et 52. pr. Dig. *de adquir. vel amittenda poss.* 41. 2. L. 1. §. 2. Dig. *uti possidetis.* 43. 17., obgleich beyde *so* in den nämlichen Acten verhandelt werden können, dafs der Richter, der Regel nach, zunächst über den Besitzstand erkennt. Cap. 2. 3. u. 6. X. *de caussa possessionis* rel. 2. 12. L. 3. Cod. *de interdictis.* 8. 1. L. 3. Cod. *finium regund.* 3. 39. Auch *kann* der Punkt des Besitzes eine *Prädijucial*-Frage bilden. §. 4. Inst. *de interdictis.* 4. 15.

[46]) Z. B. Arrest- und Sequestrations-Gesuche — Beweis zum ewigen Gedächtnis u. s. w.

[47]) Z. B. das im Laufe des Processes angebrachte Gesuch um Ertheilung des Armenrechts, oder, den Gegner zum Vorschufs der Unkosten, Alimente u. d. gl. anzuhalten, denselben die Turbation in dem zuerkannten Besitz zu inhibiren, u. s. w.

halten ſie, ſammt und ſonders, den Namen: „*Incident-Nebenpunkte*“ unbeſchadet *jener* ihrer Qualität.

In dem vorigen §. f. findet man die nähere Erläuterung.

§. h.

Wann zwey connexe Streitpunkte, vermöge geſetzlicher *Erlaubnis*, oder weil die Geſetze es *gebieten*, zum Zweck einer gerichtlichen Verhandlung *in denſelben Acten* [48]) vereiniget werden, ſo tritt der *materiellen* Connexität die *formelle hinzu*, — beide Sachen ſind nunmehr in doppelter Hinſicht connex. Daraus aber, daſs die Geſetze eine ſolche formelle Vereinigung in ihrem Urſprung, oder in Rückſicht auf das Object, connexer Streitpunkte *nachlaſſen*, folgt auch hier keine *Zwangspflicht* zu dieſer Verbindung durch die Form. Bleiben ſie alſo getrennt, ſo verdienen ſie *in foro* den Nahmen „*connex*“ *nur inſoweit* [49]), als die Geſetze eine *beſtimmte* *Wir-*

[48]) Dadurch wird nicht ausgeſchloſſen, daſs die trennbare Nebenſache in beſondern *Nebenacten* verhandelt werde.

[49]) *Inſoferne* muſs man Martin §. 28. not. k. beyſtimmen.

Wirkung[50]) aus der materiellen Connexität ableiten.

In Betracht der *übrigen* materiell connexen Punkte (§. e. nr. 2. *u.* 3. a b *u.* c.) hingegen liegt der ſtreitenden Theile *regelmäſsige* Zwangspflicht zu derſelben *formellen Vereinigung* mit der Hauptſache, ſowohl in der *Natur* der Sache, als in dem *Willen* der Geſetze. Denn die Nebenpunkte mögen, wie die neben dem Hauptobject geforderten Früchte, Zinnſen u. ſ. w., als *Zubehörungen* der Hauptſache

50) Dahin gehört die beſchränkt zu erklärende Beſtimmung „daſs zwey materiell connexe Hauptſachen vor *dem nämlichen* Gericht angebracht und entſchieden werden ſollen." L. 10. Cod. *de judiciis.* 3. 1. Cap. 1. X. *de cauſſa poſſ. et prop.* 2. 12. L. 13. Cod. *de rei vindic.* 8. 32. Cap. 1. X. *de ſequeſtratione poſſ.* 2. 17. Ein *anders* aber iſt die Verordnung, „zwey Sachen ſollen *zugleich* verhandelt, in formelle Connexität gebracht werden," ein *anderes* die Begründung *eines beſondern Gerichtsſtandes durch materielle Connexität.* Martin §. 50. *Dieſes* macht *jenes* keinesweges *nothwendig.* Eben ſo wenig kann man annehmen, daſs *jede* materielle Verwandtſchaft zweyer *Hauptſachen* das forum connexitatis oder continentiae cauſarum begründe. Hiervon ad §. cit. 50. Vergl. a. *Archiv* f. d. civ. Praxis. B. 2. Abh. 11. p. 141. ff.

ſache, oder als *Beförderungsmittel* des Proceſsganges, anzuſehen ſeyn, oder als in dieſem *entſpringend* u. ſ. w. ſich darſtellen, ſo würde ihre, in vielen Fällen ohnehin nicht mögliche, Trennung von der Hauptſache entweder deren Ueberſicht erſchweren, wohl gar widerſprüchliche Entſcheidungen von mehreren verſchiedenen Gerichten, oder Verſchleppung und Verhinderung des Hauptproceſſes, zur Folge haben, dahingegen der Richter, vor welchem der letztere anhängig iſt, auch die Nebenpuncte ſchneller und mit mehr Klarheit überſehen, mithin ſie ſchleuniger entſcheiden kann. *Hier* alſo zeigt ſich eine *Connexität im eigentlichen Sinne*, eine *wahre Continentia.* Es können daher die Acceſſionen mittelſt einer *beſondern* Klage nicht gefordert werden [51]), und jenes Verhältniſs bezeichnen wohl die Geſetze mit der Regel: *per minorem cauſam majori cognitioni praejudicium fieri non oportet; major enim quaeſtio minorem cauſam ad ſe trahit* [52]). Selbſt das Hauptgeſetz [53]), in welchem man ein ſtarkes *Verbot* der Trennung materiell connexer Sachen

51) Martin §. 87.

52) L. 54. Dig. *de judiciis.* 5. 1.

53) L. 10. Cod. *de judiciis.* 3. 1.

chen erfinden will [54]), dürfte nur von *jenen* Nebenpuncten, und, in Hinſicht auf die Begründung des fori connexitatis, von *ſolchen* materiell connexen Hauptſachen zu verſtehen ſeyn, bei welchen eben dieſelben Gründe die Verhandlung vor dem nämlichen Gericht erheiſchen [55]), ja auch hier leidet die Regel eine Ausnahme, wann die eine Hauptſache, ſubjectiv oder objectiv, vor einem *ausſchliesslich privilegirten* Gerichtsſtand gehört [56]) und ſelbſt auf *manche* Nebenpuncte, z. B. Bevormundungen, das Geſuch um venia ad agendum, oder Edition einer Urkunde, iſt jene Beſchränkung, weil deren Grund gänzlich hinwegfällt, oft nicht anwendbar.

§. i.

Die Frage: „ob präparatoriſche, präjudicielle, und Incident-Sachen *ſummariſch* zu ver-

[54]) Claproth, a. a. O. Thl. I. §. 101.

[55]) Dabelow, in der Entw. der Lehre vom Concurs der Gläubiger Cap. 27. pag. 725. Hal. 1801. Chriſt. Aug. Thon, in diſſ. de effectu fori concurſus credit. univ. ratione bonor. territorii alieni. Jena 1775. §. 4.

[56]) Cap. 21. X. *de judiciis* 2. 1. Cap. 3. X. *de ordine cognitionum.* 2. 10. Cap. 5. X. *qui filii ſint legitimi.* 4. 17. G. L. Böhmer in princ. iur. can. §. 704.

verhandeln, oder an den Gang des *feierlichen* Processes gebunden sind?" läſst sich *so geradehin* nicht beantworten. Bei manchen vorbereitenden Punkten hat man keinen Gegner, weil sie nur als Handlungen der Gerichtsbarkeit in nicht streitigen Rechtssachen erscheinen, (§. f.), und es kann also in diesem Fall von einem *gerichtlichen* Proceſs die Rede nicht seyn. Die *Provocationen* haben ihre *eigene* Verfahrungsart [57]), und das der Eröffnung der Hauptsache vorangehende Gesuch um *Urkunden-Edition*, so wie die *actio ad exhibendum*, sind Implorationen [58]), welche bisweilen ein summarisches, bisweilen ein förmliches Verfahren veranlassen. Wird eine *Präjudicial-Hauptsache*, z. B. eine Zustandsklage, *ohne Verbindung* mit *dem* Rechtsmittel, welches die von dem Zustand *abhängigen, jedoch nicht streitigen*, *Rechte* verfolgt, angestellt, so muſs der Kläger der Regel nach den *ordentlichen* Proceſs wählen [59]); und im Fall das letzterwähnte Rechtsmittel — die sogenannte Hauptklage im Gegensatz der Präjudicialklage — mit dieser *successiv gehäuft* werden soll-

57) Martin, §. 244. u. d. f.

58) Martin, §. 95.

59) Martin, §. 130.

ſollte, entſcheidet die *Natur jener Hauptklage*, ob der Rechtsſtreit auf dem Weg des feierlichen, oder eines ſummariſchen, Proceſſes einzuleiten iſt. Denn *Gleichheit* der Verfahrungsart iſt *Bedingung* der Klagenhäufung, und beide vereinigte Rechtsmittel werden im vorausgeſetzten Fall nach der Eventual-Maxime mit und neben einander verhandelt. Eben ſo verhält es ſich, wann der Punct der Legitimation zur Sache einen Theil der Geſchichtserzählung der Klage bildet, indem, wird neben dem Legitimationspunct der letztern Grund verneint, in Hinſicht auf beide das Erkenntnis auf Beweis, oder, iſt die Sache ſummariſch, auf Beſcheinigung erfolgt [60]. Würde aber die Klage ſelbſt eingeräumt, oder fällt die Laſt des Beweiſes auf den Beklagten, ſo pflegt man wohl auch im ordentlichen Proceſs nur auf *Beſcheinigung* der Legitimation zu erkennen [61]. *Solche* Präjudicial-Puncte, welche im Laufe des anhängigen Rechtsſtreites

[60]) Wernher, in ſel. qu: for. T. II. P. VIII. obſ. 454. et 486. Schaumburg, in princ. prax. jud. Lib. I. Sect. I. Mbr. II. Cap. IV. §. 5. not. *. 8. Abth. V. §. i. u. k.

[61]) Hommel, in dem teutſchen Flavius. ſ. v. Negatorien-Klage nr. IV.

tes ihren Urſprung nehmen, *verflechten* ſich der Regel nach *mit dem Verfahren über die Hauptſache*, und werden nach der Eventual-Maxime ungetrennt mitverhandelt. Macht ſich aber eine Trennung nöthig, oder, nach dem Ermeſſen des Richters, wenigſtens räthlich, ſo beſtimmt dieſer die, alsdann gewöhnlich ſummariſche, Verfahrungsart. Dieſes trifft auch die *im Laufe des Proceſſes entſpringenden Vorbereitungspuncte*, inſoferne ſolche als Gegenſtand einer proceſſualiſchen Verhandlung ſich darſtellen, z. B. Urkundenedition bey dem Antritt des Beweiſes. Andere Incidentpuncte, wie z. B. die Litisdenunciation, acceſſoriſche Intervention, begründen, ihrem Zweck nach, keine beſonderen Verhandlungen; es wäre denn, daſs über ihre Zuläſslichkeit ein Incident-Rechtsſtreit entſtände, wo ſodann gewöhnlich nach einem kurzen Wechſelgehör der Intereſſenten der richterliche Ausſpruch erfolgt. Die Principal-Intervention iſt als ſelbſtſtändige Klage zu betrachten*), und es muſs mithin der Intervenient die zu wählende Proceſsart nach der Natur ſeines Rechts-

*) *Archiv*, f. d. civiliſt. Praxis. B. 4. Abh. 14. pag. 153. ff.

Rechtsmittels, mit welchem er intervenirt, gesetzlich abmessen.

Aus positiven Gesetzen lassen sich bestimmte Regeln für diese zufälligen Nebenerscheinungen in dem Processgange nicht aufstellen — *Zweck* und *Natur* des einzelnen Nebenpunkts gelten hier als Quelle der Processtheorie. Man hüte sich aber, die Bestandtheile jedes einzelnen Abschnittes des Processes, z. B. das sogenannte Productions-Verfahren, als *Nebensache* oder *Incidentpunct* zu betrachten [62]; denn auf diese Weise *zergliedert sich und zerfällt alles in Nebenpunkte, und die Hauptsache selbst hört auf, dieses zu seyn.*

62) Wie Gönner, a. a. O. Thl. I. Abh. XXV. §. 13. nr. 3.

V.

Abhandlung

Zu §. 33. und 34.

Legitimationen, insonderheit ad causam — Rechtfertigung, Befugniſs, zur Sache.

§. e.

A. *Befugnis zur Rechtsverfolgung überhaupt.*

Wer das Gericht, eines geſtöhrten Rechtsverhältniſſes wegen, um die Staatshülfe anrufen — *klagen* — oder gegen einen ſolchen Angriff auf dem Wege des gerichtlichen Proceſſes, als *Beklagter*, ſich *vertheidigen* will, muſs — dieſes ist die *allgemeine* Bedingung — in dem Verhältnis zu der bürgerlichen Geſellſchaft von deren Geſetzge-

bung als *Rechts-* und *Verbindlichkeits-fähiges Subject* anerkannt, von jener Rechtsverfolgung *nicht ausgeschlossen* seyn [1]). Ein solches Loos der Ausschliessung trafe z. B. den römischen Sclaven; daher das Gesetz der Römer ausspricht: „*cum servo nulla actio est*“ [2]), und den mit einer solchen *Nichtperson* geführten Process für *nichtig* erklärt [3]).

Das in eine solche Lage gestellte, zur Rechtsverfolgung überhaupt nicht befugte, gleichsam rechtlose, Subject hat nicht „*personam standi in judicio.*“ Doch wird diese Bezeichnung auch von denjenigen, an sich betrachtet Rechts- und Verbindlichkeits-fähigen, *Personen* gebraucht [4]), welche, in Betracht einer, von der eigenen oder alleinigen Verwaltung des Vermögens ausschliessenden, Körper- oder Geistes-Unvollkom-

1) Martin, §. 33.

2) L. 107. et 21. Dig. *de regulis juris.* 50. 17. L. 13. Dig. *si quis cautionibus rel.* 2. 11. Anders verhält es sich mit den Leibeigenen, insoferne es deren in Teutschland noch giebt.

3) L. 6. et 7. Cod. *de judiciis.* 3. 1. M. s. Abh. III. §. b. nr. 2. u. 3.

4) Tit. Cod. *qui legitimam personam standi in judiciis habeant, vel non.* 3. 6.

kommenheit[5]), nur *durch* oder *mit* einem vorstehenden, oder zugeordneten, Subject ihre Rechte gerichtlich verfolgen können[6]), mit-

[5]) Diese wird auch dem minderjährigen beigemessen. Doch wollen ihn die Gesetze in geistlichen und solchen Sachen, die keinen Verzug leiden, auch ohne Curator zur gerichtlichen Verhandlung zugelassen wissen. Cap. 3. in 6to *de judiciis* 2. 1. L. 3. Cod. *qui legitim. pers. standi rel.* 3. 6.

[6]) Martin, §. 33. Dapp, in der Lehre von der Legitimation. §. 7. u. d. f. Claproth, in der Einleit. zum ordentl. bürgerlichen Process. Thl. I. §. 67. Danz, in den Grunds. des ord. Proc. §. 40. Von den Weibspersonen in Sachsen s. m. Schweitzer, in dem Lehrb. des Sächs. bürgerl. Processes. §. 33. Auf einen *andern* Grund beruhet z. B. die Beschränkung der *Eheweiber*, während der Ehe gerichtliche Hülfe wegen der dos zu suchen; Thibaut in dem Syst. des Pand. R. Thl. I. §. 448., so wie die, in Teutschland nicht mehr anwendbare, die *römischen* Magistrats Personen betreffende, Verordnung L. 48. Dig. *de judiciis.* 5. 1. L. 32. Dig. *de injuriis.* 47. 10. Die Moratorien (Martin §. 314.), sind blos ein zeitiges Privilegium gegen *Execution* — nicht aber gegen die Pflicht, auf eine im Laufe der Stundungszeit erhobene Klage zu *antworten* u. den Rechtsstreit *bis zum Endbescheid* durchzuführen. *Nur die Execution* bleibt bis zum Ablauf jener Zeit *ausgesetzt*, verurtheilte die Definitivsentenz den privilegirten Beklagten.

mithin in der Rechtsverfassung *nur beschränkt* sind, nur auf *bedingte* Weise *personam standi in judicio* haben.

Das Daseyn der von den Gesetzen als Bedingung *der Rechtsverfolgung überhaupt* vorgeschriebenen persönlichen Qualität begründet die, *absolut wesentliche* [7]), *Legitimation zu der gerichtlichen Rechtsverfolgung.*

§. *b.*

B. *Legitimation zu dem Process.*

Ist ein zu der Rechtsverfolgung überhaupt und an sich betrachtet, *als Person*, befugtes Subject a) in Ausübung, in der Disposition über seine Rechte, beschränkt, z. B. einer Curatel untergeordnet, und muss daher vor Gericht durch oder mit einem Repräsentanten, oder Beystand, erscheinen, oder will b) ein von der zur Rechtsverfolgung befugten Person verschiedenes Subject *für jene*, sey es als gesetzlicher Beistand, oder als willkührlicher Stellvertreter, gerichtlich verhandeln,

7) L. 6. et 7. Cod. *de judiciis.* 3. 1. Martin, §. 35. Ges. not. y. u. §. 79. a. E. In Ansehung der *nur beschränkten* Subjecte unterscheiden jedoch die Gesetze den *Vortheil* und *Nachtheil* der rechtsverfolgenden Person. Abhandl. III. §. b. nr. 3. not. 5.

deln, so muſs jener Beiſtand *nachweiſen*, „daſs er als ſolcher *legal angeordnet* worden ſey [8]),“ ein anderer Vertheidiger aber, „daſs er die Befugnis hierzu durch das *Geſetz* [9]), oder einen rechtsgültigen *Auftrag*, erhalten habe.“

Der *Beweis dieſer Qualitäten* führt den Nahmen: *Legitimation*, Rechtfertigung, *zu dem Proceſs*, d. h. zur *Führung des vorliegenden Rechtsſtreites eines Dritten* [10]); und daſs derſelbe zu den *natürlich weſentlichen* Beſtandtheilen des gerichtlichen Verfahrens gehöre [11]), folgt ſchon daher, weil man, *ohne geſetzlich oder vertragsweiſe erworbene Gewalt*,

8) Es verſtehet ſich als Bedingung von ſelbſt, daſs die bloſe Anordnung *als Beyſtand* nicht hinreicht, ſondern deſſen geſetzlicher Begriff und Zweck zugleich die Befugniſs zur Vertretung vor Gericht in ſich enthalten muſs. So iſt z. B. der *Geſchlechts*-Vormund, *als ſolcher*, zur Führung eines Rechtsſtreites für ſeine Curandin nicht befugt, ſondern bedarf *dortzu* noch deren *beſondern Auftrag*. Doch wird das *ohne dieſen nützlich* verhandelte für rechtsbeſtändig erachtet. Wernher, in ſel. q. for. P. III. obſ. 38. Schaumburg, in princ. prax. jud. Lib. I. Sect. I. M. II. §. 11.

9) Martin, §. 75.

10) Martin, §. 70. u. d. f.

11) Abhandl. III. §. b. nr. 2. u. 5. Martin, §. 74. Danz, a. a. O. §. 127.

über des andern Rechte und Verbindlichkeiten rechtsgültig zu disponiren nicht vermag und weil, so lange die Legitimation zu dem Procefs in den Acten nicht hergestellt ist, *als ungewifs vorliegt*, *ob* denn der vorgegebene Kläger oder Beklagte dieses *wirklich sei*, seyn *könne*, seyn *wolle*, folglich aber der Rechtsstreit *bis zu jenen actengewissen und legalen Beweis* der Befugnis, für einen streitenden Theil zu verhandeln, in der Gefahr *eines vergeblichen Resultats* und einer *absoluten Nichtigkeit schwebt* [12]).

§. c.

C. *Legitimation zu der Praxis.*

Die von den streitenden Theilen zu vollziehenden processualischen Handlungen bedürfen zu ihrer legalen Herstellung gröfsten Theil eine besondere Kenntnis der Formen, auch

[12]) Daher die häufigen, eine *Strafe* androhenden, richterlichen Decrete: „der angebliche Vormund solle zuförderst seine gerichtliche Bestellung, der aufgetretene Anwalt die ermangelnde Vollmacht beybringen," u. dergl. *Wie* der *Beweis der Procefslegitimation* durch *Vollmachtsurkunden* u. s. w. beyzubringen sey, s. in m. Anleitung zur ger. Praxis. §. 44. ff.

auch der Gesetze überhaupt; und da nun nicht jeder, sei er auch zur Rechtsverfolgung an sich befugt, (§. a.) oder als Beistand dieses Befugten legitimirt (§. b.), die sogenannte *Rechtsnothdurft* selbst zu besorgen verstehet, oder besorgen mag, *so erlauben* ihm die Gesetze, *verpflichten* ihn wohl sogar[13]), einer *Hülfsperson* sich zu bedienen, sowohl, um seine, des Klägers oder des Beklagten, *Person* vertreten zu lassen[14]), als auch zum Vollzug derjenigen Handlungen, welche eine besondere Kenntnis der Rechte und des Processganges erfordern[15]). Damit jedoch eine solche hülfsbedürftige Partei einen geschäftsfähigen Stellvertreter und Rechtsbeistand unschwer aufzufinden vermöge, so bestellt der Staat[16]) geprüfte Subjecte, welche zu der *Procuratur* und *Advocatur ausschliess-* lich

13) L. 1. §. 2. Dig. *de procurat.* 3. 3. L. 5. §. 7. Dig. *judicat solvi.* 46. 7. Thibaut, in d. Syst. d. P. R. Thl. III. §. 1099.

14) Durch einen *Anwalt*, *Procurator*. Martin, §. 73.

15) Durch einen *Advocaten*, *Rechtsbeistand*, *Rechtsfreund*. *Martin*, §. 70.

16) So verhält es sich wenigstens in der Gerichtsverfassung wohl aller teutschen Gebiete. Anders bei den Römern. Martin, §. 70. u. 73.

lich befugt seyn sollen [17]). Diese *Erlaubnis* und *Anstellung* von Seiten des Staats, ingleichen der *Beweis*, „dass man die Qualität eines öffentlichen *Anwalts* oder *Advocaten* verliehen erhalten habe," giebt den Begriff der *Legitimation zur Praxis* [18]).

Insoferne der Procurator, oder Advocat, von Staatswegen öffentlich angestellt ist, mithin diese Thatsache als *landes-* und *gerichtsnotorisch* betrachtet werden muss, bedarf derselben Legitimation zur *Praxis* keines weitern Beweises [19]), so wenig als des öffentlich angestellten Richters *Competenz* innerhalb des solchem angewiesenen Bezirks; allein

17) *Recipirte*, *immatriculirte*, Anwälte und Advocaten.

18) Die Fähigkeit, als Advocat eines streitenden Theils in dem Gericht aufzutreten und zu verhandeln, nennen die Römischen Gesetze: *jus*, sive *facultatem*, *postulandi*. Tit. Dig. et Cod. *de postulando*. Doch bezeichnet dieses zugleich auch die Befugniss zur persönlichen Verfolgung seines eigenen Rechtes vor Gericht. L. 1. §. 2. seqq. Dig. *de postulando*. 3. 1.

19) *Martin* erwähnt dieses §. 72. *a. E.* blos in Bezug auf den *Advocaten*, obgleich es nicht weniger auf den *öffentlich angestellten* Procurator anwendbar ist.

lein *die* Thatſache, „daſs der Anwalt von einem ſtreitenden Theil *in concreto*, *für den einzeln vorliegenden Rechtsſtreit*, zur Ausübung ſeines Amtes *erſucht*, *beauftragt*, worden ſey,“ ingleichen, „daſs der Advocat zum Vollzug eines *vorliegenden einzeln* proceſſualiſchen Geſchäftes von dem Intereſſenten Veranlaſſung, oder deſſen Genehmigung, erhalten habe,“ gehört in das Gebiet der Legitimation *zum Proceſs*, (§. b.) und muſs alſo, als weſentlich, nachgewieſen werden [20]). Auch kann eine beſondere Nachweiſung der Legitimation zur Praxis *dann* ſich nothwendig machen, wann in den Gerichten verſchiedener Länder die Procuratoren, oder Advocaten, gegenſeitig zugelaſſen werden, und der

20) Hat eine Partei die von dem Advocaten für ſie gefertigte Schrift *ſelbſt* unterſchrieben, oder von einem *legitimirten* Procurator unterſchreiben laſſen, oder *ſelbſt* in das Gericht gebracht, ſo liegt freilich der Auftrag, oder die Genehmigung, *in der Handlung ſelbſt*. Erſcheint aber der öffentlich ad Praxin legitimirte Advocat *ohne den Clienten*, vor Gericht, nur deſſen Rechtsnothdurft zu beſorgen, ſo bedarf er hierzu des Beweiſes eines *Auftrags*, oder muſs ſich, wie ein Procurator (Martin §. 74.), als *Defenſor* im Sinne des Civilproceſses beurtheilen laſſen.

der Richter von der Reception des aus dem Freundesland sich darstellenden Anwalts oder Rechtsbeistandes noch keine glaubhafte Kenntnis erhielte [21]).

Uebrigens begründet das Abseyn *dieser* Legitimation nur eine *positive* Nichtigkeit, da es für das Wesen des Processes gleichviel ist, welches, zu den Geschäften eines Anwalts oder Advocaten an sich betrachtet fähige, Subject die einer Partei obliegende Handlung in deren Auftrag zweckmäsig vollziehet. Werden daher z. B. die von einem auswärtigen Advocaten gefertigten Schriften von dem Richter zu den Acten genommen, läfst auch der Gegner dieses sich gefallen, stellt die Einrede „*der fehlenden Legitimation zur Praxis*" nicht entgegen, so ist jene *blos positive* Nichtigkeit geheilt [22]).

§. d.

D. *Legitimation zur Sache.*

Von allen diesen Legitimationen [23]) ist verschieden die *Legitimatio ad causam* — Recht-

[21]) Der Beweis der legitimatio ad *praxin* wird in der Regel durch das *öffentliche Anstellungs - Decret* bewirkt.

[22]) Abhandl. III. §. e. pag. 54. u. d. f.

[23]) Diese pflegt man wohl auch legitimat. *personae*

Rechtfertigung zur *Sache*. Setzt man nämlich auch voraus, daſs ein Subject zur Rechtsverfolgung *überhaupt* legitimirt ſey (§. a.), ſo reicht doch dieſes noch nicht aus, daſſelbe zu der Verfolgung des *in concreto ſtreitigen Rechtes* für befugt zu achten; ſondern, da der Regel nach[24]) niemand aus dem Recht eines *andern* Subjects klagen, oder *dorther* eine Einrede ſchöpfen, und dem Kläger entgegen ſetzen darf*), da die unbefugte Dispoſition über das Recht eines Dritten dieſem auf keine Weiſe nachtheilig werden ſoll, vielmehr als eine von ſelbſt nichtige Handlung in dem Rechtsgebiet ohne Wirkung bleibt[25]), ſo kann der Richter *nur demjenigen*

zu nennen. Cotta (Pr. Ludovici) de legitimatione ad cauſam. Hal. 1712. §. 4. ſeq.

[24]) Die Fälle, wo die Geſetze erlauben, eines *andern* Recht zu wahren, z. B. L. 1. Cod. *ſi per. vim. rel.* 8. 5. machen keine Ausnahme, ſondern begründen nur eine Legitimation zum *Proceſs;* die öffentlichen und Popular-Klagen aber, z. B. L. 3. §. 9 u. 11. Dig. *de libero homine exhib.* 43 29. verfolgen ein dem *Staatsbürger*, als ſolchem, *eigenes* Recht.

*) Martin §. 95.

[25]) L. 31. in fine Dig. *de judiciis.* 5. 1. L. 14. §. 1. Dig. *de appellat. et relat.* 49. 1. L. 1. 2. et 3. Cod. *inter alios acta rel.* 7. 60. L. 27. §. 4. Dig. de pactis. 2. 14. L. 1. ſeqq. Cod. *quibus res judi-*

gen die Staatshülfe auf dem Wege des Processes gewähren, welcher a) in *eigenem* Namen [26]) sein *eigenes* Recht verfolgt [27]), und zwar b) wider einen *solchen* Gegner, in Hinsicht auf welchen die *gesetzlichen Bedingungen* zur Zwangspflicht, „auf jenen Anspruch zu antworten und den Process sich gefallen zu lassen," vorhanden sind.

Das Daseyn beider Verhältnisse und Bedingungen, „vor Gericht als Kläger oder Beklagter einen Rechtsstreit *für sich selbst* zu führen," nennt man „*Legitimatio ad causam*, Rechtfertigung zur *Sache* [28]), und theilt die-

cata non nocet. 7. 56. L. 2. Cod. *de exceptionibus.* 8. 36. L. 10. Dig. ej. tit. 44. 1. L. 63. Dig. *de re judicata.* 42. 1.

[26]) Von dem zum Process legitimirten Procurator ist hier *nicht* die Rede.

[27]) Sey dieses durch eine *Klage*, oder mittelst einer *Einrede*. Jedoch ist der letztere Begriff hier auf eine solche *selbstständige Behauptung* des Beklagten zu beschränken, durch welche dieser seines Gegners Klagrecht als *an sich nichtig*, oder als *aufgelöst*, oder als *unreif*, darzustellen sucht. *Einrede* begreift hier aber auch *replicationes* u. *duplicationes*. S. unten §. e. Note *.

[28]) *Causa, Sache*, bezeichnet diesen Orts die im Gericht vorgebrachte einzelne *Klage* und *Einrede* selbst, und das specielle Object, worauf diese

dieſelbe in die *activa* und *paſſiva* ein, je nachdem man *blos* auf das Rechtsverhältnis unter a), oder *nur* auf dasjenige unter b) hinſiehet.

§. e.

Active Legitimation zur Sache.

Die *active* Rechtfertigung zur Sache iſt alſo im *allgemeinen* Sinne die Thatſache und der Beweis: „daſs der Kläger, oder reſp. der Beklagte, dasjenige Subject ſey, welches, iſt das Factiſche des vorgebrachten Rechtsverfolgungs-Mittels gegründet, *zu deſſen Gebrauch* wider den Gegner als *rechtsbefugt* erſcheint."

Stützt nun jemand ſeine *Klage*, oder *Einrede*, *Replik* oder *Duplik* auf eine *von ihm ſelbſt* erworbene, oder *blos und allein* aus dem *urſprünglichen Rechtsgeſchäft* abgeleitete, Befugnis [29]), oder erfordert die geſetzliche Natur

Rechtsverfolgungs-Mittel als deren Hauptzweck ſich beziehen. Rechtfertigung *zur Sache* iſt alſo der Beweis, „daſs man aus *eigenem erworbenen Recht* klage, und reſp. aus *eigenem erworbenen Recht* ſich vertheidige."

[29]) Z. B. der Kläger: *er* habe dem Beklagten das Darlehen vorgeſchloſſen; der Beklagte: er habe vermöge *eigener* Leiſtungen zu compenſiren, u. d. gl.

tur des der Klage oder Einrede zum Grund gelegten Rechts, aufser dessen gesetzlich-wesentlichen factischen Bedingungen, keine *Nebenquelle* des Erwerbs, oder *Nebenbedingung* der Befugnis, so ist die *active* Rechtfertigung zur Sache mit der *thatsächlichen Behauptung* des Klägers, oder des Beklagten, *verschmolzen* und *identisch*; d. h. *aus der Wahrheit oder Unwahrheit des factischen Klaggrundes* gehet auch zugleich die legitimatio ad causam, oder deren Mangel, hervor [30]), — sie selbst bildet die *Hauptsache*, welche als Resultat des Processes festgestellt werden soll. In diesem Falle erscheint also kein *besonderer Beweis* der Rechtfertigung zur Sache, sondern *der Beweis des Klaggrundes*, oder *des Fundaments der Einrede*, ist *zugleich* der Beweis, „dafs man zu diesen Mitteln der Rechtsverfolgung gesetzlich befugt gewesen sey.“ Daher pflegt man auch in dem Gebiete dieser Rechts- und Procefs-Verhältnisse der Benennung: „*legitimatio ad causam*“ sich nicht zu bedienen, sondern beschränkt deren *speciellen* Begriff [31]) auf *den* Fall,

[30]) Gönner, in dem Handb. des teutschen gem. Proc. Th. I. Abh. XV. §. 2. Grolman, in der Theorie des gerichtl. Verf. §. 56.

[31]) Danz, a. a. O. §. 124. Pfannenschmid, (Pr.

Fall, in welchem, wäre auch die Klage im Verhältnis zu dem gewählten Beklagten *in der Hauptſache* wirklich begründet[32]), oder vermögte es die Wahrheit der von dem Beklagten dem Kläger entgegengeſtellten Einrede allerdings, des letztern Klagrecht ganz oder zum Theil zu vernichten, dennoch der Hauptgrund der Klage, oder Einrede, eine gewiſſe Thatſache *hinzutritt*, von deren Daſeyn oder Abſeyn — Wahrheit oder Unwahrheit — *dieſes* Klägers Befugnis zur Klage, oder *dieſes* Beklagten Recht zu dem Gebrauch der Einrede, abhängig iſt[33]).

Es tritt ſolches hervor:

1) wenn der Kläger ein Recht gerichtlich verfolgt, welches *zunächst nicht von ihm ſelbſt*, ſondern *von einem andern* ihm nicht erwerbenden, Subject erworben wurde, auf ihn aber sich *fortgepflanzt* haben, ihm *übertragen* worden ſeyn ſoll; z. B. als Ceſsionar, als Erben u. ſ. w. Hier iſt

Carrach) in diſſ. de vera indole except. legitimationis ad cauſam. Hal. 1737. §. 6 u. 7.

[32]) Z. B. der Beklagte iſt das geklagte Darlehn an ſich betrachtet wirklich ſchuldig.

[33]) Es zeigt ſich hier ganz das Verhältniſs eines Präjudicial-Punktes. Abh. IV. §. e. lit. a.

ist die Thatsache, „daſs ihm das Klagrecht *cedirt*, daſs er *Erbe* des vormaligen Gläubigers worden sey," der Vorwurf der activen Rechtfertigung zur Sache im speciellen Sinn — die präjudicielle Bedingung, ohne deren Erweis er nicht befugt ist, *das einem Dritten vormals zuständige Recht für sich zu verfolgen* [34]) — 2) wenn der Beklagte, auf eben dieselbe Weise, ein *vormals einem Dritten zugestandenes Recht* seiner Einrede zum Grund legt; z. B. der von dem A auf Wiederbezahlung eines Darlehns belangte B. stellt jenem Kläger die aus einem *zwischen diesem und des Beklagten Vater C. verhandelten Rechtsgeschäft* abgeleitete Einrede der Compensation u. d. gl. entgegen. Hier fragt es sich zunächst: ist das Recht des C. auf den B. *übergegangen*, und *wie* geschahe dieses? — wurde der Beklagte seines Vaters Erbe u. s. w.? Behauptet dieses der Excipient, zeigt er die Art und Weise der Rechtsfortpflanzung und deren Wahrheit, so ist der Ge-

34) Dem Fiscus ist das besondere Privilegium gegeben, den Schuldner seines Schuldners ohne des erstern Cession auf Zahlung für solchen zu belangen. L. 2. seqq. *quando fiscus* rel. 4. 15.

Gegenstand dieses Vorbringens *seine eigene active* Rechtfertigung zur Sache*).

3)

*) Es läſst sich nicht wohl begreifen, warum auch bewährte Rechtsgelehrte der neuesten Zeit, z. B. Thibaut, a. a. O. Th. III. §. 1058. Gönner, a. a. O. Thl. I. Abh. XV. §. 2. u. d. f. nur von einer *activen* Legitimation des *Klägers*, und nur von einer *passiven* des *Beklagten*, sprechen, da doch, wie Schweitzer in dem Lehrb. des Sächs. Processes §. 34 und not. 49 richtig bemerkt, auf Seiten des Beklagten eben sowohl, als auf Seiten des Klägers, nicht nur die *Activ*- sondern auch die *Passiv*-Legitimation zur Sache sich nothwendig macht, und auf das Verhältniſs *beider* anwendbar ist. Es folgt dieses, siehet man auf die active Rechtfertigung zurück, ja schon daher, weil a) aus dem Recht eines Dritten der Beklagte so wenig excipiren, als der Kläger dorther klagen kann, daferne nicht jener und dieser das *vorher fremde* Recht *auf einem gesetzlichen Weg erworben hat*, und weil b) die Einrede des Beklagten die Natur einer *Klage* hat. *Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur, nam reus in exceptione actor est.* L. 1. Dig. *de exceptionibus*. 44. 1. L. 19. pr. Dig. *de probationibus* 22. 3. Ja auch in Hinsicht auf eine *eigentliche* Replik des Klägers, oder *eigentliche* Duplik des Beklagten, (Martin, §. 153. u. 157.) ist eine Activ-Legitimation zur Sache erforderlich, insofern diese Repliken und Dupliken auf das Recht eines Dritten sich stützen. Denn die Repliken und Dupliken jener Art sind wahre *Con-*

3) wenn das von dem Kläger als Hauptzweck seiner Klage verfolgte Recht von einem persönlichen Zustand [35]), oder irgend einer factisch begründeten Qualität, abhängt — mit der Wahrheit dieses Zustandes, oder dieser Eigenschaft, bedingt ist — von dem Richter also nicht eher als vorhanden anerkannt und ausgesprochen werden kann, als nach erhaltener Ueberzeugung von dem Daseyn jener gesetzlichen Bedingung.

Alle Präjudicial-Klagen haben, insoferne der Kläger ein *von dem sich beigelegten Zustand abhängiges* Recht, als Hauptzweck, verfolgt, des Klägers Activ-Legitimation zur *Sache*, d. h. *zu dem bezweckten Genuss der Zustands-Rechte*, zum Gegenstand. Allein auch andere, einen Zustand im *allgemeinen* Sinn darstellende, *Qualitäten*, z. B. die eines Lehnherrn, Geistlichen, Soldaten, Professors, Doctors u. s. w., sind, insoferne

tre-Einreden, und *als solche* wie eine *Klage* zu beurtheilen. L. 2. §. 1. L. 22. §. 1. coll. L. 1. cit. Dig. *de except*. 44. 1. Pr. et §. 1. Inst. *de replicationibus*. 4. 14. Von des Klägers Passiv-Legitimation zur Sache unten §. f.

35) Tit. Cod. *de ordine cognition*. 7. 19.

ne *Rechte* von dieſem beſondern bürgerlichen Verhältniſsen *abhängen* und gerichtlich verfolgt werden, das Object der *legitimatio activa ad cauſam*, i. e. *ad cauſam principalem* —

4) wenn des Beklagten Einrede von einem ſich ſelbſt zugeſchriebenen *Zuſtand*, oder einer *Qualität* jener Art, ausgehet [30]. Entgegnet z. B. der wegen des Betriebs eines bürgerlichen Gewerbs, welches nur dem Bürger im ſpeciellen Sinn, oder dem Mitglied einer Zunft zukommt, in Anſpruch genommene Beklagte: „auch er habe die *Eigenſchaft* eines zu jenem Gewerb befugten *Bürgers* oder *Zünftlers* erworben, „oder will die als Bürgin belangte Weibsperſon die geleiſtete Bürgſchaft aus dem Grund als unverbindlich darſtellen, weil ſie das *Eheweib* des Schuldners ſey, u. dergl., ſo bildet jenes oder dieſes perſönliche Verhältnis die *active* Legitimation *des Beklagten zur Sache*, d. h. — zu dem Gebrauch der Einrede —

5) wenn das von dem Kläger als hauptſächlich verfolgte Recht ein beſonderes Rechts-

30) L. 6. Cod. *de ordine cognitionum*. 7. 19.

Rechts-Verhältniſs deſſelben zu einer ſolchen Sache vorausſetzt, welche zwar *nicht als Object der Hauptklage*, jedoch als *geſetzliche Bedingung* zu der Befugnis, jene Klage zu erheben, anzuſehen iſt [37]. Vorzüglich tritt dieſes hervor bei der dinglichen *Confeſſorien-Klage* auf eine, den *Civilbeſitz des angeblich herrſchenden Gutes* vorausſetzende, Servitut. „*Daſs der Kläger jenen Beſitz habe*,“ iſt die *Bedingung*, der *Gegenſtand*, der *Activ*-Legitimation — die Rechtfertigung des Gebrauches der Confeſſorien-Klage —

6) wenn des Beklagten Einrede auf ein ſolches *Rechtsverhältniſs zu einer Sache* ſich gründet, von deſſen Daſeyn die Wirkung jener Einrede abhängt. Excipirte z. B. der von dem Kläger aus einem dieſem zuſtändigen, als Regel in einem Bezirk anerkannten, mithin präſumtiv alle deſſen Bewohner beherrſchenden, Bannrecht belangte Beklagte: „er beſitze ein Gut, mit welchem die Freiheit von jenem Bann dinglich verbunden ſey,“ ſo bil-

[37]) L. 2. §. 1. Dig. *ſi ſervitus vindicetur*. 8. 5. L. 16. et 18. Dig. *de exceptionibus*. 44. 1.

bildet der *Civilbesitz* jenes Gutes *des Beklagten active* Legitimation zu der Einrede der Freiheit, *diese selbst* aber die mit jenem Besitz bedingte Hauptsache.

Indem nun ein streitender Theil auf eines der unter 1. 2. 3. 4. 5 und 6 bezeichneten Verhältnisse, als Theil seiner *Vertheidigung*, sich beziehet, insofern er *darauf* hinzeigt, „auf Seiten seines Gegners *ermangele* die Grundlage zur Sachlegitimation," entstehet der Begriff der „*exceptio deficientis legitimationis ad causam activae* — des *Mangels* der Activ-Legitimation zur Sache."

§. f.

Passive Legitimation[38]) *zur Sache.*

Unter der *passiven* Rechtfertigung zur Sache wird verstanden: die juridische Gewissheit

[38]) Genau betrachtet enthält dieser Name insoferne einen Widerspruch, als der Begriff der *Legitimatio* etwas *Actives* ausspricht, das *passive activum* also sich selbst aufzulösen scheint. Darinnen liegt *vielleicht* auch der Grund, dass Grolman a. a. O. §. 56. mit Danz §. 124. und Nettelblatt, in der Anleitung zu der practischen Rechtsgelehrsamkeit. §. 132., das *Passive* auf den *Kläger* bezog, ohne dabey auf die von dem Beklagten ihm ent-

heit, daſs die Gegenpartei, ſey dieſes der Beklagte oder der Kläger, *dasjenige Subject iſt*, welches die Geſetze zu der *proceſſualiſchen Antwort* auf die erhobene Klage, oder reſp. auf die ihm entgegengeſtellte Einrede *verpflichten.* Sie bezeichnet m. a W. das Daſeyn der geſetzlichen Bedingungen, *des Gegners Angriff* auf dem Wege des Proceſſes, iſt deſſelben factiſche Grundlage Wahrheit, *als rechtlich anzuerkennen*, oder, verneint man jene Thatſachen, des Gegners Beweis, deſſen Reſultat und Rechtsfolgen, *ſich gefallen zu laſſen.*

Auch hier kann man die *allgemeine* Legitimation zur Sache von derjenigen unterſcheiden, welche im *ſpeciellen* Sinne dieſen Namen

gegengeſetzten Einreden hinzuſehen. M. ſ. §. f. dieſ. Abh. V. nr. 2. Allein auch das: „der Kläger müſse *ſich paſsiv* zur Klage legitimiren," enthält einen Widerſpruch, und iſt ungegründet. Es mag vielmehr der Aufſchluſs jener, von den Rechtsgelehrten eingeführten, Benennung: „*paſsive Legitimation*" darinnen zu ſuchen ſeyn, weil derjenige, welcher *nicht verbindlich iſt*, als Gegner zu verhandeln, ſich auch *nicht anmaſsen ſoll, als Gegner ſich behandeln zu laſſen* (Martin §. 35.), in dieſem Betracht alſo zu dem *Leiden*, zu der *Rolle eines Beklagten*, nicht befugt iſt.

men in der Proceſslehre führt. Iſt nemlich der factiſche Grund einer Klage *darauf* gebaut, „daſs die geklagte Verbindlichkeit des Beklagten *durch dieſen ſelbſt* exiſtent gemacht worden ſey, oder aus deſſen eigenen Verhältniſſen hervorgehe,“ z. B. *er* habe das Darlehn aufgenommen; oder behauptet der Beklagte in der Einrede eine Thatſache, die den Kläger *unmittelbar berührt und verpflichtet;* ſo gehet auch hier aus der Wahrheit oder Unwahrheit jenes thatſächlichen Grundes der Klage, oder der Einrede, das Vorhandenſeyn, oder Nichtvorhandenſeyn der paſſiven Legitimation zur Sache des Beklagten, oder reſp. des Klägers, hervor — dieſe *bildet zugleich die Hauptſache*, iſt mit ſolcher *identiſch*, *nur deren Reſultat.*

Es kann jedoch auch in Hinſicht auf das *paſſive* Rechtsverhältnis der Parteien eine, *zu der Hauptverbindlichkeit*[39]) *an ſich betrachtet nicht gehörige*, Thatſache als derſelben *Bedingung* in Betracht kommen, ohne deren Exiſtenz die Klage, oder Einrede, wider *dieſen* Gegner nicht Statt findet, ſo daſs ſolcher dem angreifenden Theil erwiedern

darf:

[39]) Im weitern Sinne. Thibaut a. a. O. Thl. I. §. 2.

darf: „wäre auch deine Klage, oder resp. deine Einrede, *hauptsächlich* gegründet, stände dir auch das in ihr behauptete Recht wirklich zu, so bin ich doch nicht das diesem Recht *gegenüberstehende*, nicht *dasjenige* Subject, gegen welches jenes, dein Recht ausgeübt werden könnte — *ich* bin weder *pflichtig*, noch *befugt*, über diesen Anspruch mit dir zu rechten, es ermangelt in Rücksicht auf mich die *passive* Legitimation zur Sache."

In diesem Verhältnis liegt deren *specieller*, in der Processlehre unterstellter, Begriff; und es stellt dieser sich dar:

1) wenn der Kläger den Beklagten einer Verbindlichkeit wegen in Anspruch nimmt, welche *zunächst nicht von dem letztern*, sondern *von einem Dritten*, contrahirt worden, auf jenen, den jetzt Beklagten, aber sich *fortgepflanzt* haben soll. Behauptet z. B. der Kläger, „die solchem an den verstorbenen A. zuständige Forderung sey auf den jetzt der Zahlung wegen in Klage genommenen B. *als Erben* des A. passiv übergegangen," so ist die Thatsache: „ob B. des A. Erbe geworden sey," die Bedingung, den B. auf Zahlung jener Schuld des A. in Klage zu nehmen, und mithin der Vorwurf der

Passiv-

Paſſiv-Legitimation jenes Beklagten zur Sache —

2) wenn der Beklagte auf eben dieſelbe Weiſe die *vormals einen Dritten obgelegene Verbindlichkeit* dem jetzigen Kläger unter dem Angeben als Einrede entgegen ſetzt: „*letzter ſey in jene Verbindlichkeit des Dritten eingetreten.*“ Es betrifft z. B. des *klagenden* A. paſſive Rechtfertigung zur Sache, falls der beklagte B. exceptiviſch erwiedert: „des Klägers Vater C. ſey ihm, dem B., ein Darlehn ſchuldig geweſen, welches er im Verhältnis zu dem A., als Erben des C., compenſirend aufrechne.“ *Wurde A. des C. Erbe?*“ ſagt hier eben ſo viel, als: muſs erſter des B. Einrede der Compenſation *erleiden*, iſt des klagenden A. legitimatio *paſſiva* ad cauſam vorhanden? —

3) wenn die dem Beklagten angeſonnene Verbindlichkeit *nur als Rechts-Folge eines perſönlichen Zuſtandes*, oder irgend einer *factiſch begründeten Qualität desſelben*, exiſtiren kann, daher mit dem Daſeyn dieſes Zuſtandes, oder dieſer Qualität, *bedingt* iſt, und alſo von dem Richter nur nach der ihm gegebenen Ueberzeugung von der Wahrheit jenes factiſchen

tischen Verhältnisses anerkannt und ausgesprochen werden kann[40]).

Vorzüglich zeigt sich dieses bey denjenigen Präjudicial-Klagen, nach deren Inhalt der Kläger dem Beklagten einen solchen *Zustand* zuschreibt, welcher, ist solcher als Factum wahr, den Beklagten in Hinsicht auf den Hauptzweck der Klage, auf die Sache selbst, als dem Kläger zwangspflichtig darstellt. Fordert z. B. A. von dem B. Alimentation, weil dieser sein *Vater* sey, so betrifft die Vorfrage: „*ist A. des B. Vater?* des Beklagten Passiv-Legitimation zur Sache. Nimmt ein angebliches Eheweib jemanden als ihren *Ehemann* auf *Alimentation* in Anspruch, will A. von dem B. *Lehnsdienste* geleistet haben, fordert die Obrigkeit von dem Bewohner einer Stadt *stadtbürgerliche Abgaben*, u. dergl., so ist die *Qualität* des *Ehemanns*, des *Vasallen*, des *Stadtbürgers*, der Gegenstand jener Legitimation —

4) wenn des Beklagten Einrede auf einen solchen *Zustand*, oder eine solche *Qualität*, *des Klägers* sich beziehet, von dessen oder

40) L. 2. Cod. *de liberali causa*. 7. 16.

oder deren factiſchen Wahrheit der eigentliche Grund und Hauptzweck jener Einrede als Rechtsfolge *abhängig* iſt. So würde z. B. des Beklagten Einrede: „es wäre ihm der Kläger, als deſſelben *Schutzverwandte*, ein jährliches Schutzgeld von 10 Rthlr. ſchuldig, habe jedoch dieſe Abgabe 12 Jahre hindurch nicht entrichtet, und compenſire ſich dieſe Summe mit dem geklagten Darlehn," *inſoferne die paſſive Legitimation des Klägers* betreffen, als die Streitfrage entſtände: „ob der Kläger ein *Schutzverwandter* des Beklagten ſey? —

6) wenn das von dem Kläger als hauptſächlich verfolgte Recht ein *beſonderes Rechts-Verhältniſs* des *Beklagten* zu einer *Sache* vorausſetzt, ohne deſſen Daſeyn des erſtern Anſpruch wider *den gewählten Beklagten* nicht Statt findet [41]). Excipirt z. B. der mit einer dinglichen Klage angegriffene Beklagte: „das Object der Klage *iſt nicht in meinem Civilbeſitze*, ich bin *nur Pachter*, *Commodatar* u. dergl.,

[41]) L. 25. Dig. *de obligationibus et actionibus*. 44. 7. L. 9. Dig. *de rei vind*. 6. 1. L. 1. Cod. *ubi in rem actio*. 3. 19.

dergl., so spricht er zugleich aus: „es ermangelt in Rücksicht auf mich die Passiv-Legitimation zur Sache" *)

6) wenn des Beklagten Einrede auf ein solches *Verhältniss des Klägers* zu einer *Sache* sich beziehet, von dessen Daseyn der Haupttheil der Einrede, deren bezweckte Wirkung, *als Rechtsfolge abhängt.* In dem Fall z. B., wo der auf eine Schuld belangte Beklagte als Einrede entgegensetzte: „er hätte an die *dem Kläger zugehörige Fabrik* compensirende Gegenforderungen," oder, „er hätte *ein Grundstück des Klägers* als Geschäftsführer mit Aufwand nützlich verbessert" u. s. w., der Kläger aber replicirt: „ich bin weder Eigenthümer, noch Besitzer, jener Fabrik, oder jenes Grundstücks, folglich ist die bezweckte Compensation *wider mich* nicht anwendbar," stehet des *Klägers passive* Legitimation *zur Sache* in Frage.

Vertheidiget sich nun ein streitender Theil mittelst Bezug auf eines der unter 1. 2. 3. 4. 5 und 6. bezeichneten Verhältnisse, so erhält die

*) Vergl. *Archiv* f. d. civilist. Praxis. B. 3. Abh. 25. §. 1. ff.

die exceptio *deficientis legitimationis ad causam passivae* ihr Daseyn — die Einrede des Mangels an der Passiv-Rechtfertigung zur Sache.

§. g.

Diese Begriffe der Activ- und Passiv-Rechtfertigung zur Sache, und der daher abgeleiteten Einrede, (§. e. *a*. E. §. f. *a*. E.) vorausgesetzt[42]), dürfte manche Schwierigkeit sich heben, welche man in der *Sonderung* jener Legitimation von der Hauptsache erfinden will[43]).

Zu-

[42]) Giebt es höhere allgemeine Principien dieser Lehre, oder läfst sich das Specielle mit mehr Umfang und Klarheit entwickeln, so thue man der wichtigen Sache die Ehre an, und enthebe sie der bis jetzt über sie verbreiteten Dunkelheit. Kein Rechtsgelehrter noch hat den Nebel verscheucht; auch nicht Grolman oder Gönner. Die von Danz in den Grundsätzen des ordentlichen Processes §. 124 aufgestellten, von Gönnern belobten, keinesweges aber erschöpfenden, die Passiv-Legitimation zur Sache kaum, und zwar unrichtig berührenden, Hauptprincipien sind nichts weniger, als das Product eigener Reflexion, sondern geschöpft aus Pfannenschmidt (Pr. Carrach) diss. de vera indole exceptionis legitimationis ad causam, Halae Magd. 1733.

[43]) Gönner, in den jurist. Abh. Th. I. Abh. VI.

Zunächst muſs man hierbei

A) den §. e. und §. f. voran erwähnten *allgemeinen* Begriff der activen und paſſiven Rechtfertigung zur Sache, als mit dem Begriff eines zuſtändigen Rechtes, oder einer obliegenden Zwangspflicht, zuſammen fliessend[44]), gänzlich zur Seite ſtellen, und nur die in den §. §. e. und f. nr. 1. 2. 3. 4. 5 und 6 bezeichneten Fälle, welche den *ſpeciellen*, gewöhnlichen, Begriff jener beiden Legitimationen zur Sache enthalten, mit ihrem Princip dem Blick vorſtecken; dabei auch

B) nicht überſehen, daſs der Begriff einer *Hauptſache* im ſpeciellen Sinn nur *relativ* iſt, nur durch den *Bezug* auf einen andern, als *Mittel* oder *Bedingung* erſcheinenden, Streitpunkt *hervorgebracht* wird[45]), und daſs, von dieſem *Bezugs-Verhältniſs* abgeſehen, jede *ſelbſtſtändige*, ausſchlieſslich anhängige, Streitfrage eine Hauptſache im *allgemeinen* Sinn genannt werden kann[46]).

Siehet

und in dem Handbuch, Thl. I. Abh. XV. §. 3. u. d. f. Daſs Gönners gegebene Sonderungs-Beyſpiele gröſsten Theils *unrichtig* ſind, lieſse ſich leicht vorlegen.

[44]) G. L. Böhmer, in princ. jur. canon. §. 672. Gönner, a. a. O. Thl. I. Abh. XV. §. 2.

[45]) Abhandl. IV. §. d. nr. 3. lit. a.

[46]) Abh. IV. §. d. nr. 3. lit. b. u. c.

Siehet man ad A) zurück, ſo finden wir nichts weiter, als eine Hauptſache im allgemeinen Sinne. *Hier* iſt kein *Präjudicial-Nebenpunkt* vorhanden — der factiſche Grund der Klage, oder Einrede, iſt *einfach* — er fällt *unter die allgemeinen Regeln der Beweislaſt* — jeder ſtreitende Theil beweiſet der Regel nach ſeine ſelbſtſtändige, von dem Gegner nicht zugeſtandene, factiſche Behauptung, aus welcher das Recht des Angriffs, oder des Gegenangriffs, reſultiren ſoll [47]; und je nachdem die Behauptung erwieſen wird, oder nicht, erſcheint der *Angreifende*, ſey dieſes der Kläger oder der Beklagte, im *allgemeinen Sinne* zur Sache, zu ſeinem Zweck, *activ* legitimirt, oder nicht, im Gefolge dieſes Reſultats aber des *Angegriffenen* allgemeine *paſſive* Legitimation, oder Nichtlegitimation zur Sache, von ſelbſt ausgemittelt. Beweiſet z. B. der Kläger, „daſs *er ſelbſt* das dem Beklagten auf dem Wege des Proceſſes abgeforderte Darlehn *demſelben* geliehen habe,“ ſo rechtfertiget er ſich *hierdurch* zugleich zur Sache, und des Beklagten paſſive Legitimation iſt *durch die*

47) Weber, über die Verbindlicheit zur Beweisführung in dem Civil-Proceſs. Abſchn. IV. pag. 154. u. d. f. *Archiv* f. d. civiliſt. Praxis. B. 1. Abb. 21. §. 10.

die nemliche Handlung ausser Zweifel gesetzt. Vermag es der Kläger nicht, jene Bahauptung darzuthun, so entscheidet sich hiermit, dass er zur Sache *activ* nicht legitimirt war, und dass auf Seiten des Beklagten die *passive* Legitimation ermangelte. Doch von diesen *allgemeinen* Legitimationen soll hier nicht weiter die Rede seyn, und es ist nur noch zu erwähnen, dass *nicht sie* ein Gegenstand der Frage sind: ob derselben Beweis feierlich, oder nur summarisch, als Bescheinigung, herzustellen sey? sondern dass von der Natur der *ganzen Sache*, und resp. von dem Willen der Parteien, es abhängt, ob diese auf dem Wege des ordentlichen Processes, oder einer summarischen Verfahrungs-Art, angebracht und verhandelt werden müsse, oder könne [48]).

Wendet man sich aber ad B) in das besondere Gebiet der Legitimationen zur Sache im *speciellen* Sinne, — nach *dem Begriff*, welchen man in der Process-Lehre als *einzig* und *ausschliessend* zu unterstellen pflegt, — so wird sich, werden die nähern Principien § e. u. f. nr. 1. 2. 3. 4, 5. und 6. als Probestein zur Hand genommen, des Richters Reflexion bald zu dem Erachten instruirt finden

48) Martin, §. 130. Abh. II. §. b.

finden: ob *ein Theil* einer *zuſammengeſetzten* Behauptung einer Partei, oder der gegenüber ſtehenden Vertheidigung, den Punkt einer *Legitimation zur Sache*, berühre, ob dieſe *von der Hauptſache verſchieden* ſich aufgreifen laſſe, und, vorzüglich in Hinſicht auf den Beweis, *geſondert* werden könne und müſſe. Richtig bemerkt Gönner [49]), daſs ſoviel die *Activ-Legitimation* zur Sache betrifft, in dem Fall, wo der Kläger ſelbſt anführt: „er habe das als jetzt ſein eigen verfolgte Recht von einem *Dritten* erworben," (§. e. nr. 1.) *dieſe* Behauptung unſtreitig den *Legitimations-Punkt* darſtellt, hiervon aber das *Recht ſelbſt*, welches der Kläger zugeſprochen wiſſen will, das *eigentliche Object der Klage*, als die *Hauptſache* ſich ſcheidet. Er hätte hinzuſetzen können, daſs *gerade daſſelbe* dann eintritt, wann das von dem Beklagten in der zerſtöhrenden Einrede zu ſeiner Vertheidigung benutzte Recht nach ſeinem Anführen *urſprünglich* nicht ihm zuſtande, ſondern einem *Dritten*. (§. e. nr. 2.). In beiden Fällen muſs der Kläger, oder reſp. Beklagte, zunächſt, ehe über den *Hauptzweck* der Klage, oder der peremtoriſchen Einrede — über dieſe *Haupt-*

ſache

49) a. a. O. §. 2. u. 3.

ſache — ſich erkennen läſst, jene, den Legitimationspunkt in ſich enthaltende, Behauptung *eines Erwerbs des fremden Rechtes* beweiſen. Iſt *dieſes* Vorgeben nicht wahr, ſo verdient er in Hinſicht auf ſeinen Hauptzweck kein Gehör vor Gericht; denn er will unbefugter Weiſe das Recht eines Dritten für ſich geltend machen [50]. Keineswegs jedoch iſt es eine allgemeine *nothwendige* Folge, daſs jener Präjudicial-Punkt den Proceſs *hemme*, daſs *voran* auf deſſen Erledigung *beſonders* und *ausſchlieſslich* zu interloquiren, oder daſs eine ſummariſche Beſcheinigung deſſelben *jedesmal*, und in jeder Verfahrungsart, hinreichend ſey. Doch davon unten §. h. das nähere!

Von den im §. e. nr. 5. und 6. bezeichneten Fällen erwähnt Gönner [51]) nichts; er müſste denn unter dem Begriff einer *Qualität* [52]) nicht blos eine beſondere, *rein perſönliche*, Eigenſchaft, ſondern auch das Rechtsverhältniſs der Perſon *zu einer Sache* verſtehen.

[50]) L. 1. §. 1. in fine Dig. *familiae erciscundae*. 10. 2.

[51]) Martin deutet §. 34. in den Worten: „*oder Rechtsverhältniſs*" darauf hin.

[52]) Damit laſſen ſich allerdings auch die Zuſtands-Verhältniſſe bezeichnen.

hen. Dieses letzte Verhältniss aber ist selbstständig, und von einer Zustands-Eigenschaft, so wie von andern ähnlichen, blos persönlichen, Qualitäten, welche auf Sachen sich gar nicht beziehen, nicht hiermit bedingt sind, sehr verschieden [53]; wenn gleich beide Verhältnisse von *gemeinschaftlichen Rechtsprincipien* beherrscht werden, und in einzelnen Fällen auch concurriren, factisch sich vereinigen können [54]. Denn so wie dort, wo von einer *nur persönlichen*, dem Kläger zu der Verfolgung seines Hauptzweckes, zu der Hauptsache, befugenden, legitimirenden, *Qualität* die Rede ist, *diese* als die besondere Vorfrage, als der Präjudicial-Punkt, sich darstellt, und so von dem klagend oder excipirend verfolgten Recht, als der Hauptsache, sich scheidet, so ist dieses ganz der gleiche Fall in Hinsicht auf die *Sache*, von welcher ein besonderes Rechtsverhältniss des Klägers oder des Beklagten, ausgehet, deren Besitz jenen oder diesen qualificirt, das von ihm hauptsächlich bezweckte Recht vor Gericht zu

53) Letzteres verhält sich zu dem erstern wie das dingliche und Besitz-Recht zu dem blos persönlichen Recht.

54) Das Verhältniss eines Lehnherrn ist wohl ein Beispiel.

zu verfolgen[55]). Zunächst ist auch hier das Daseyn der *qualificirenden* Sache und deren Besitz auf Seiten der *durch sie* zur Hauptsache befähiget seyn wollenden Partei von dem entscheidenden Richter in das Auge zu fassen, weil jener Besitz die *gesetzliche Bedingung* des verfolgten Hauptrechtes und des Gebrauches des *hierauf* gerichteten Verfolgungs-Mittels ist, mithin, wird der Richter von dem Daseyn der Bedingung jenes Hauptzwecks nicht überzeugt, der Kläger, oder resp. der Beklagte, als zu desselben gerichtlichen Verfolgung unbefugt sich blosstellt, folglich aber des Staates Schutz in dem begehrten Recht nicht erhalten darf.

§. h.

Der scharfsinnige *Gönner* trübt und erschwert des Activ-Legitimations-Punktes Scheidung von der Hauptsache dadurch, daſs er vorzüglich auf den *Proceſsgang*, besonders

55) Ausser der schon erwähnten dinglichen Confessorien-Klage §. e. nr. 5. kann man auch den Nuncianten, Thibaut in dem Syst. des Pandecten-Rechts, Thl. I. §. 323. Ges. not. l), so wie den, welcher cautionem de damno infecto fordern will, Thibaut, a. a. O. Thl. II. §. 586. Ges. not. a), als Beyspiel aufgreifen.

ders auf die Möglichkeit, die Einrede der fehlenden Legitimation zur Sache entgegen zu ſetzen, und *voran* deren beſondere Beſcheinigung zu fordern, auf den *Beweis*, hinſiehet und zu erachten ſcheint: *darinnen*, „ob die Behauptung einer Partei zu dem *Hauptbeweis* gehöre, oder nicht," liege der Unterſchied. Er ſtellt hierbey [56]) folgendes allgemeine Princip auf:

„*Der weſentliche Unterſchied* (zwiſchen der Activ - Legitimation zur Sache und der Hauptſache) *beſteht darinnen, daſs* 1) *jede Eigenſchaft* (Qualität), *deren Beweis das in Anſpruch genommene Recht ſelbſt als richtig darſtellt, als Hauptſache betrachtet werden muſs, und niemals eine Einrede der mangelnden Legitimation zur Sache begründet, um unter ihrem Schutz die Einlaſſung auf die Klage zu verweigern; dagegen* 2) *jede Eigenſchaft, die nur das ſtreitende Subject befähiget, über den Proceſsgegenſtand mit Wirkung zu ſtreiten, und deren Beweis das verfolgte Recht ſelbſt nicht auſser Zweifel ſetzt, zur Verweigerung der Einlaſſung auf die Klage, wegen mangelnder Legitimation zur Sache, benutzt werden kann.*"

In

[56]) a. a. O. Thl. I. Abh. XV. §. 7.

In Rückſicht auf den *erſten* Abſchnitt dieſes allgemeinen Grundſatzes iſt aber zu bedenken, daſs auch in *den Fällen*, wo *nur* die zu einer Rechtsausübung befugende Qualität, oder die dort zu qualificirende Thatſache, *ſtreitig* iſt, deshalb dieſe Qualität oder Thatſache *nicht aufhört*, den Punkt der Legitimation zur Sache darzuſtellen. Er bildet dann zwar in dem *Proceſsgange* die *Hauptſache*, d. h. die hauptſächlich *ſtreitige* Frage [57]); ſetzt man aber dieſe in Relation mit den von ihrem Gegenſtand — von der *allein noch ſtreitigen* Qualität — *abhängigen Rechten*, ſo ſind *dieſe* immer noch der *Hauptzweck*, welchen die *jene Eigenſchaft*, oder *bedingende Thatſache*, behauptende Partei verfolgt — mithin die, nur *nicht* in lite befangene, oder vielmehr die als bereits erwieſen, eines beſondern Beweiſes in dem Gange dieſes Proceſſes nicht weiter bedürfende *Hauptſache*. Daſs jemand einen Zuſtand, eine Qualität, nur *des Zuſtandes* oder der *Qualität wegen* gerichtlich verfolge, *ohne Rückſicht* auf die von jenem Verhältniſs im Staate *abhängigen Rechte*, läſst ſich juridiſch nicht denken, und wäre vielmehr eine zweckloſe, von der Geſetzgebung gar nicht

[57]) Böhmer, in doctr. de act. Sect. II. Cap. I. §. 6.

nicht gestattete, Handlung des Muthwillens. Es kann daher z. B. eine Präjudicial-Klage u. d. gl. nie *in der Art* selbstständig erscheinen, dass sie nicht als die Thüre in das Rechtsgebiet angesehen werden sollte und müsste, welches als das *Hauptziel* der den Zustand behauptenden Partei vorliegt. Die Rechte der väterlichen Gewalt z. B. sind *gesetzlich* bestimmt, und bedürfen in soweit *keines andern*, als in der Urkunde des Gesetzbuchs schon aufgezeichneten Beweises; indem aber der Kläger behauptet: „er sey Vater des nicht emancipirten Beklagten," will derselbe die *Rechte der väterlichen Gewalt*, die Befugnis deren Ausübung über den Beklagten, *von dem Richter anerkannt* und *sicher gestellt* wissen, und es folgt also, dass der *allein nöthige* Beweis der Vaterschaft *nichts anders*, als die *Activ-Legitimation zur Sache*, d. h. zu jenen *Vater-Rechten*, betrifft — mithin zwar Hauptsache des *Processes*, nicht aber Hauptsache der beabsichtigten Rechtsverfolgung überhaupt genannt werden kann. Es ist *nicht* der *Beweis der Qualität*, welcher, wie Gönner glaubt, das in Anspruch genommene Recht selbst als richtig darstellt, sondern *diese* Darstellung ist schon *vor* jenem Beweis *von dem Gesetz* gegeben, und existirt von diesem *ganz abgesondert*. Man denke sich die von einer

Qualität abhängigen Rechte seyen *singulair* [58]), und das letztere, würden sie von dem Gegner verneint, eines *besondern Beweises bedürften*, daſs jedoch der Gegner jene singulären Rechte, z. B. in der Litiscontestation, *einräumte*, die *Qualität* aber, von welcher sie *abhängen*, in *Abrede stellte!* Hier erlediget sich die eigentliche, in lite wirklich befangene, Hauptsache durch das Geständniſs — es bewendet einstweilen bei diesem — der Sach-Legitimations-Punkt hingegen muſs dem Beweis, oder einer Bescheinigung, ausgestellt werden, ohne daſs man denselben die *eigentliche* Hauptsache nennen könnte.

Erwägt man ferner den Inhalt des *zweiten* Gliedes des Gönnerschen Hauptprincips, so ist es zwar an sich betrachtet zweifellos: „daſs jede *Eigenschaft*, die das streitende Subject *nur befähiget*, über den Proceſsgegenstand mit Wirkung zu streiten, und deren Beweis das verfolgte *Recht selbst* [59]) noch nicht auſser Zweifel setzt, das Object der activen Legitimation zur Sache in sich enthält;“ allein, so gewiſs auch in dem Falle des

58) Böhmer, in doctr. de action. Sect. II. Cap. I. §. 21.

59) Grolman, in der Theorie des gerichtl. Verf. u. s. w. §. 56. not. b.

des *ersten* Abschnitts aus dem Beweis der streitigen Qualität nichts weiter hervorgehet, als das *Befähigen*, *Befugen*, *Legitimiren*, zu dem Genuss der von derselben abhängigen unbestrittenen Rechte, mithin auch hier das wesentliche Merkmal und der Begriff der activen Legitimation zur Sache hervortritt [60]), so wenig läßt sich annehmen, dass in dem Gebiete des *zweiten* Absatzes die Einrede der mangelnden Legitimation zur Sache immer *dazu*, „*die Einlassung auf die Klage zu verweigern*," mit Erfolg benützt werden könne. Um dieses aufzuhellen macht jedoch eine nähere Beleuchtung des Zwecks und der Natur jener sogenannten Einrede sich erforderlich.

§. 1.

Exceptio deficientis legitimationis ad causam activae [61]).

Genau betrachtet ist diese Einrede *solches* im

[60]) In dem ersten Fall bezweckt der Process die *Befähigung* zu dem *unmittelbaren* Rechtsgenuss; in dem zweiten Fall die *Befähigung* zu dem *Mittel*, den Rechtsgenuss sich zu verschaffen.

[61]) Man nennt solche wohl auch „exceptio *praejudicialis*", und sie verdient diesen Nahmen insoferne, als sie eine präjudicielle Qualität oder That

im eigentlichen Sinne nicht*). Denn durch sie *verneint* man blos eine zum Klag- oder Exceptions-Recht des Gegners wesentlich gehörige Thatsache — eine Qualität u. s. w., mit welcher des letztern Rechtsverfolgung gesetzlich bedingt ist; dahingegen die wirkliche Einrede in einer selbstständigen, eigenen, von dem factischen Vorbringen des Gegners verschiedenen, letztere ausschliesen-

sache zum Gegenstand hat. Vid. §. 13. Inst. *de actionibus*. 4. 6. Die Römischen Gesetze aber verbinden dortmit einen andern Begriff. L. 12. 16 und 18. Dig. *de exceptionibus*. 44. 1. Pfannenschmid, Pr. Carrach, de vera indole exc. legit. ad caus. §. 18. Bisweilen erhält sie wohl auch die Benennung „exceptio *non competentis actionis*", oder, „*tua non interest*," Mevius, in Decis. P. I. dec. 203. et nr. 6. Allein im speciellen Sinn ist jene erste Einrede dahin gerichtet: „wenn gleich der factische Klaggrund historisch wahr sey, so folge doch aus diesem Facto kein Zwangsrecht des Klägers und keine Zwangsverbindlichkeit des Beklagten;" die letzterwähnte Einrede hingegen will eigentlich soviel sagen: „der Kläger habe gar kein Interesse dabey, ob der Beklagte, das, was die Klage von diesem fordert, leiste oder nicht leiste, thue oder nicht thue." L. 2. §. 5. Dig. *de aqua rel*. 39. 3. Pfannenschmid, Pr. Carrach. l. c. §. 20.

*) *Archiv* f. d. civilist. Praxis. B. 1. Abh. 21. §. 15. p. 276.

ſsenden, Behauptung beſtehet [62]). Auch kann man ſie den *verneinenden* Einreden nur in ſofern beizählen, als man unter dieſen, gegen den richtigen Begriff einer wahren verneinenden Einrede*), den Einwurf verſtehet, „daſs in dem Vortrag der Thatſachen, welche der gegneriſchen Klage oder Exception zum Grund gelegt ſind — in der Geſchichtserzählung — *ein weſentliches Factum ermangele*“ [63]). Dann trifft ſie aber, wie alle *ſogenannten* verneinenden Einreden *dieſer* Art, mit der Einrede „*des fehlerhaften*, *unſchlüſſigen*, *Libells*“ zuſammen — *dieſe* führt nur den *Namen:* „except. defic. legit. ad cauſ activae“. In dieſem Fall gehört dieſelbe zu der Zahl derjenigen, *blos dilatoriſchen*, Einreden, welche von der Einlaſſung befreien, den Richter aber befugen und verpflichten, die als Baſis eines rechtsbeſtändigen Proceſſes untaugliche Klage, oder reſp. Einrede, von Amtswegen zu verwerfen, jedoch nicht für immer, ſondern durch den Ausſpruch: „*in der*

[62]) L. 2. Dig. *de exceptionibus.* 44. 1. Martin §. 83. 92 und 93.

*) *Archiv* f. die civiliſt. Praxis. B. 1. Abh. 21. §. 15. p. 275.

[63]) Danz, in den Grundſätzen des ordentl. Proceſſes. §. 155.

der Maſe, wie ſelbige *vorgebracht* worden ſey, finde ſie nicht Statt"[64]). Von einem präjudiciellen Beweis der activen Legitimation zur Sache *iſt in dieſem Falle gar nicht die Rede;* der Richter darf die fehlende Thatſachen ihres Grundes *nicht ergänzen;* und eine *Verbeſſerung* von Seiten der Partei, von welcher der fehlerhafte Vortrag herrührt, muſs auf das Neue der Antwort des Gegners legal ausgeſetzt werden[65]), wo ſodann die Sache auf den regelmäſigen Weg ſich einlenkt.

Wenn hingegen der Kläger *in der Klage*, oder der Beklagte *in der Einrede, die Thatſache, Qualität* u. ſ. w., welche ihn zu dieſer Rechtsverfolgung befähiget, *beſtimmt vorträgt — als Beſtandtheil der Geſchichtserzählung —* ſo *muſs* der Gegner *hierauf ſich einlaſſen*[66]), d. h. ſich erklären: „ob er jene, die Legitimation zur Sache begründende, Thatſache, oder Qualität, *einräume*, oder *nicht*" [67]);

und

64) Martin, §. 139. 141. 145.

65) Gönner, a. a. O. Thl. I. Abh. XX. §. 7.

66) Martin §. 85. nennt dieſen Theil der Klage ſogar den *mittelbaren Klaggrund.* Zu dem *Klaggrund* aber gehört die ſpecielle Sachlegitimation keineswegs.

67) Martin §. 143. 144. *Archiv* f. d. civiliſt. Praxis. B. 1. Abh. 3. §. 7. p. 41. und 42.

und es ist — *gesetzlicher* Weise — keinesweges von reellem Nutzen, die verneinende Einlassung unter der Rubrik einer *exceptio deficientis legitimationis ad causam activae* zu *wiederholen**). Denn diese Ausflucht kann und darf, unter den vorausgesetzten Verhältnissen, den Richter nicht hemmen, auf Beweis, oder Bescheinigung, jener *verneinten Thatsache, oder Qualität*, in *Vereinigung* mit den an dem factischen Klaggrund der Hauptsache verneinten Punkten zu erkennen[68]), dem Excipienten aber nur den Gegenbeweis, oder die Gegenbescheinignng, in Rücksicht *auf beides* nachzulassen. Nirgends haben die teutschen Procefs-Gesetze jener sogenannten Einrede *das Privilegium* ertheilt, welches ihr, nach andern ältern Rechtsgelehrten, Gönner[69]) so freigebig zuspricht, nämlich: „*die litis-*

*) Archiv f. die civilist. Praxis. B. 1. Abh. 21. §. 15. pag. 276.

[68]) Abh. IV. §. i. not. 60. ibi alt. Berger, in Responf. P. II. resp. XLI. nr. 2. Horn, in Consult. et respons. Class. XII. Sent. LXXVIII. nr. 1. 7. Hommel, in der Anleitung Gerichtsacten zu referiren. §. 52. nr. 3.

[69]) a. a. O. Thl. I. Abh. XI. §. 4. Cotta, Pr. Ludovici, in cit. diss. §. 15. Struben, in den rechtl. Bemerk. u. s. w. Thl. I. Bem. XLV. Schmidt, in

litiscontestation zu verweigern, und den *ganzen Procefs zu hemmen*, bis der Legitimations-Punkt von dem Kläger bewiesen sey." Vielmehr stehet dieses vermeintliche Vorrecht mit der in den teutschen gerichtlichen Verfahren nach dem Willen der einheimischen Gesetze als Grundprincip herrschen sollenden, so heilsamen, *Eventual-Maxime* in einem directen Widerspruch. Eine factisch und rechtlich *begründete*, an sich betrachtet fehlerfreie, nur noch den Beweis ihres thatsächlichen Grundes zu dem Sieg des Klägers, falls nicht zerstöhrende Einreden selbigen vereiteln, erfordernde Klage vorausgesetzt, sollen, von *sofort liquiden*, die Klage als nicht reif, oder als erloschen und aufgelöst darstellenden, Exceptionen abgesehen[70]), nach einer bündigen Verordnung des teutschen gemeinen Rechtes *nur erhebliche gerichtsablehnende* Einreden, denen sich, wie die Praxis aus dem can. Recht *leider* angenommen hat, die exceptio spolii vermöge eines besondern Privilegii beigesellt[71]), den Beklagten befugen,

dem Lehrb. v. ger. Klagen und Einr. §. 247. und andere.

70) Martin, §. 145.

71) Cap. 2. et 4. X. *de ordine cognition.* 2. 10.

gen, die *eventuelle* Einlassung auf die Klage zu verweigern [72]); und es ist also den gesetzlichen Principien des Processes durchaus entgegen, den Grund zu einer Ausnahme in Ansehung der aus einer negativen Litiscontestation geformten Ausflucht, „der ermangelnden Legitimation,“ *daher* nehmen zu wollen, „weil diese ein Substantiale des Processes betreffe, folglich voran der Zweifel an des Klägers Befugniss zu der erhobenen Klage beseitiget werden müsse, damit der Rechtsstreit nicht vergeblich geführt werde.“ Denn der Legitimationspunkt wird ja, wie die Hauptsache selbst, mit und neben dieser, *ein Gegenstand des Beweises*, und durch diesen wird eben sowohl ausgemittelt, „ob der Kläger zur Sache legitimirt sey,“ als, „ob das verfolgte Hauptrecht juridisch existire.“ Die Ge-

Oelze, in der Anleitung zu der ger. Praxis. §. 108. Schaumburg, in princ. prax. jud. Lib. I. Sect. I. Mbr. II. Cap. IV. §. 7. Es läſst sich wohl vertheidigen, daſs jenes Privilegium der exc. spolii durch die Vorschrift, den Geist und Zweck, des R. A. v. J. 1654. §. 37 — 40. *aufgehoben* ist. *Nur* die *gerichtsablehnenden* Einreden werden von diesem Gesetz *ausgenommen*.

72) Reichs-Absch. v. J. 1654. §. 37. u. 40. Vergl. *Archiv*. f. d. civilist. Praxis B. 1. Abh. 32. p. 455. f.

Gefahr einer *Nichtigkeit* des Processes ist folglich auf keine Weise vorhanden. Wollte man diesem entgegnen: „im Fall sich durch einen der Legitimation zur Sache wegen *besonders* aufgelegten Beweis herauswerfe, dass der Kläger zur Sache nicht legitimirt sey, so bedürfe es dann keiner Verhandlung der Hauptsache, man erspare Zeit und Kostenaufwand u. dergl. [73]," so muss man erwiedern: dass es einer weisen Rechtspflege angemessener ist, das Eventuelle auf Gefahr und Kosten des unbefugt klagenden oder excipirenden Theils gleichzeitig, jedoch *eventuell*, mit zu verhandeln, als den Process durch besondere Vorbeweise in eine noch grössere Länge zu ziehen. Und wie, wann der Kläger in jenem abgesonderten Vorbeweis zwar die behauptete *Qualität* u. s. w. erwiesen hätte, *nun* zu dem Beweis der *Hauptsache* gelassen, durch deren Resultat aber als temere litigans dargestellt würde? Dann hat man neben der doppelten Zeit auch doppelte Kosten verlohren! zwar scheint das canonische [74]) und Römische [75]) Recht Gönners und

[73]) Struben, a. a. O. Auch der mit sich selbst im Widerspruch stehende Wernher, P. II. obs. 419.

[74]) Z. B. Cap. 3. X. *de ordine cognition.* 2. 10.

[75]) Z. B. L. 5. §. 18. Dig. *de agnoscendis vel alen-*

und der ältern Rechtsgelehrten Meinung zu begünſtigen; allein jene Geſetzgebung, deren Proceſs nicht der unſrige iſt, *ſtehet der vaterländiſchen nach* — dort war die heilſame Eventual-Maxime, wie ſie in den teutſchen Gerichtshöfen, *nach einem teutſch-proceſsrechtlichem Grundprincip*, ſeyn *ſoll*, kein Grundprincip, vielmehr als Grundſatz *unbekannt* — und ſiehet man ab von den Fällen, wo der Legitimations-Punkt an eine beſondere Behörde [76]), oder an ein beſonderes Forum [77]) gewieſen war, ſo könnte man ſogar die Frage aufwerfen: ob die Römiſchen und Canoniſchen Geſetze *etwas anders* ſagen wollen als: „der Richter ſoll jenen Streitpunkt immer

dis liberis. 25. 3. L. 6. Dig. *ſi ingenuus rel.* 40. 14. L. 2. Cod. *de ordine judiciorum.* 3. 8. L. 2, 5 u. 6. Cod. *de ordine cognitionum.* 7. 19. Die Geſetze, welche die Befugnis zu der Anſtellung *einer öffentlichen Criminalklage* betreffen, z. B. L. 1. Cod. *de ordine cognit.* 7. 19. gehören nicht hieher.

76) L. 5. Cod. *de ordine cognitionum.* 7. 19. coll. L. 1. Cod. *de ordine cognit.* 3. 8. Das letztere Geſetz betrachtet die legitimatio ad cauſam als einen mit der Hauptſache materiell connexen, *incidirenden*, Streitpunct, über welchen der ſonſt incompetente Richter erkennen könne.

77) Abhandl. IV. §. h. Geſ. not. 56.

mer *zunächst* in das Auge fassen, *zunächst* entscheiden?" — Dieses aber *schliesst keinesweges aus*, dass die Hauptsache *zugleich* miterörtert werden können[78]); ja ein Römisches Gesetz scheint so ziemlich klar darauf hinzudeuten[79]). Auch findet man wirklich, dass die Praxis jenen teutsch - processrechtlichen Principien entspreche, wenn man seinen Blick auf das wendet, was wegen des Beweises der activen Sachlegitimation erkannt zu werden pflegt.

§. k.

Beweis, oder Bescheinigung, der Activ-Legitimation zur Sache.

Es wurde §. 1. schon erwähnt, dass

A) wenn in der Klage oder Einrede die thatsäch-

[78]) Abhandl. IV. §. f.

[79]) L. 2. Dig. *de ordine cognitionum*. 3. 8. Dieses Gesetz, welches controversiam *de hereditate et libertate* voraussetzt, verordnet ausdrücklich: *ordinanda prius est causa libertatis*, fügt aber hinzu: „sufficit ei, qui libertate utitur, ad victoriam, de *hereditate* secundum eum esse pronuntiatum." Dieses läst sich nur so erklären, dass die hereditatis petitio, neben dem Legitimationspunkt, *miterörtert worden war*, und der Richter, indem er nur über die Hauptsache *definitiv* erkannte, stillschweigend

ſächliche Bedingung der Befähigung zu der Verfolgung des Hauptzwecks der Klage oder Einrede *nicht*, oder *nicht ſo*, vorgetragen iſt, daſs der Gegner darauf beſtimmt zu antworten vermag, jene Klage, oder Einrede, als *untauglich* verworfen werden muſs, ein Beweis alſo hier von ſelbſt hinwegfällt. Man zweifelt auch in den Gerichshöfen und Spruchcollegien nicht daran, daſs eine ſolche inepte Klage *angebrachter Maſsen* verworfen werden müſſe.

Daferne aber

B) eine Klage[80]) die factiſche Grundlage der Sachlegitimation gehörig ausſpricht, und

1) der Beklagte neben derſelben auch den thatſächlichen Grund der Hauptklage *verneint*[81]), wenigſtens einen Theil hiervon

zugleich mit ausſprache: „die Legitimation zu dieſer ſey dargethan."

80) Was künftig von dieſer geſagt wird, gilt auch von der *Einrede*, Replik u. Duplik, inſoferne eine ſolche als Entſcheidungspunkt vorliegt.

81) Wäre jedoch über den Legitimationspunkt der Eid angetragen, und würde dieſer für zuläſſig erachtet, §. ſeq., ſo kann es zweckmäſsig ſeyn, voran auf deſſen Erledigung beſonders zu erkennen, weil durch den kurzen Act der Ableiſtung, oder

von, ſo erfolgt ein *das Ganze beherrſchendes Interlocut auf Beweis und Gegenbeweis*, oder *Beſcheinigung und Gegenbeſcheinigung*; je nachdem die Sache auf dem Wege des *ordentlichen* oder *ſummariſchen* Proceſſes eingeleitet iſt. In der Entwickelung und bei der richterlichen Entſcheidung des Rechtsſtreites bildet dann der Legitimationspunkt immer das *Präjudicielle*[82]). Falls aber der Beklagte

2) den Grund der Hauptklage *einräumt*, oder dieſer eines Beweiſes von Seiten des Klägers *nicht bedarf*, der Beklagte jedoch

a) eine gemiſchte*) oder zerſtöhrende Einrede entgegen geſtellt hat, ſo pflegt der Richter entweder

α) zunächſt eine *beſondere Beſcheinigung* des Legitimations-Punktes dem Kläger

Verweigerung, ſich ſchnell entſcheidet, was nun in der Hauptſache weiter zu verfügen ſey. Ueberhaupt laſſen ſich von obiger *Regel* einzelne *Ausnahmen* denken, zu welchen der den Proceſs dirigirende, zur möglichſten, Abkürzung des Proceſſes verpflichtete, Richter amtlich befugt iſt; allein ſie ſind *nur Ausnahmen*.

82) Abhandl. IV. §. f.

*) m. Anleitung zur gerichtlichen Praxis. §. 21. Note 7 u. 9. p. 80. mit §. 64. Note 12. p. 412.

ger aufzulegen, das Beweis-Interlocut über die Einrede hingegen bis dahin *auszusetzen*, wo das Resultat jener Bescheinigung ergiebt, ob der Kläger zur Sache für legitimirt zu achten sey, oder nicht[83]); oder

β) auch den Beklagten sofort zu dem Beweis seiner Einrede zu verurtheilen; in welchem Fall sodann jene Bescheinigung und dieser Beweis *neben einander* verhandelt werden[84]).

Wählt

83) Von diesem Fall, und wann besondere Gründe zu einer *Ausnahme* eintreten, voran den Legitimations-Punkt fest zu stellen, sprechen wohl die von Schweitzer in dem Lehrbuch des Sächs. Processes §. 34. not. 51. angezogenen Sächs. Process-Ordnungen.

84) Man ertheilt in diesen Fällen wohl auch ein *bedingtes* Interlocut. Z. B. „Würde Kläger zuförderst binnen 14 Tagen," dass u. s. w., „beybringen, und auf diese Weise zu der Sache sich rechtfertigen, so ist sodann der Beklagte den Grund der von ihm vorgeschützten Einrede u. s. w., binnen vier Wochen u. s. w., zu erweisen schuldig." Dann gehet die Bescheinigung der Legitimation *ausschliesslich voran.* Allein es können leicht Zweifel über den *Anfang der Beweisfrist* des Beklagten entstehen, und selbige doch ein *nochmaliges Interlocut* veranlassen.

Wählt nun der Richter den Weg unter *α*), und die Bescheinigung fällt zu dem Vortheil des Klägers aus, so wird dann dem Beklagten in einem besondern Interlocut der Beweis der gemischten oder peremtorischen Einrede aufgelegt; welches hingegen dann *als unnöthig* unterbleibt, wann jene des Klägers Bescheinigung ergiebt, daſs er sich zur Sache *nicht* rechtfertigen können.

Hat der Richter den Weg unter *β*) eingeschlagen, so faſst er in dem Proceſsgange und bei der Ertheilung eines Erkenntnisses *immer zunächst den Präjudicialpunkt der Sachlegitimation* in das Auge, indem er, falls dieser *als hergestellt* sich herauswirft, sodann *zugleich* auch über das Resultat jenes Beweises der Einrede abspricht, der letztern Mühe aber enthoben bleibt, daferne er erkennen muſs: „es sey der Kläger, weil solcher das, was zu bescheinigen ihm obgelegen, nicht dargethan habe, *zur Sache für legitimirt nicht zu achten*."

Hätte aber

b) der Beklagte eine gemischte oder zerstörende

störende Einrede *nicht aufgestellt*, so bleibt des Klägers Activ-Legitimation zur Sache *der einzige Vorwurf* des demselben aufzulegenden, entweder feierlichen oder summarischen, Beweises, so wie des fernern Verfahrens, und der endlichen Entscheidung des Richters [85]).

Sollte endlich

C) ein Mangel an der activen Rechtfertigung zur Sache *erst in dem Laufe des Processes entstehen und sich zeigen* [86]), so wird dieser *Präjudicial-Incident*punkt [87]) *zunächst* durch die richterliche Auflage einer Bescheinigung aufgefaſst und beseitiget, ohne jedoch den Vorschritt des Processes *immer* zu hemmen, sondern der Regel nach in der Art, daſs, im Geiste der Eventual-Maxime, bedingungsweise [88]) auch auf die übri-

[85]) In diesem Fall kann ein bedingtes Endurtheil möglich werden. Z. B. „Würde Kläger u. s. w. beybringen, so ist der Beklagte u. s. w. zu leisten schuldig."

[86]) Z. B. es verstirbt ein bisher streitender Theil, und ein anderes Subject will den Proceſs als desselben vorgeblicher Erbe u. d. gl. fortsetzen.

[87]) Gönner, a. a. O. Thl. I. Abh. XV. §. 4.

[88]) Es spricht sich solches gewöhnlich stillschweigend

übrigen Streitpunkte hingesehen und über diese zugleich miterkannt wird.

Nicht gegründet ist es, wenn GÖNNER[89]) nichts weiter als Folge eines Nichtbeweises der activen Legitimation zur Sache annehmen will, als des Beklagten Entbindung *von der Instanz*, da doch dieser vielmehr von der erhobenen Klage *gänzlich* loszuzählen ist. Denn es ist ja aus jenem Nichtbeweis als juridische Wahrheit hervorgegangen, dass der Kläger *gar nicht befugt sey*, den Beklagten des von diesem geforderten Objects wegen in Anspruch zu nehmen[90]). Es bleibt zwar möglich, dass der, als zu dieser Sache nicht befugt, zurückgeworfene Kläger, gestützt auf eine *andere* Erwerbart des schon einmal *unbefugt* verfolgten Rechtes, oder in Bezug auf eine andere, als in jenem verlornen Process unterstellte Qualität, u. s. w., mit einer *neuen*, das *nämliche Object* verfolgenden, Klage

aus. Z. B. Dass zuvörderst N. N. zu der Sache sich zu rechtfertigen pflichtig. Sodann, die Hauptsache betreffend, ist Beklagter u. s. w.

89) a. a. O. Thl. I. Abh. XV. §. 4. und in den jurist. Abhandl. Thl. I. Abh. VI. §. 7. mit GROLMAN, a. a. O. §. 56. not. b.

90) Auch *hier* giebt es peremtorische Beweis-oder Bescheinigungs-Fristen; auch *hier* eine res judicata.

ge wider *eben denſelben Beklagten* hervortreten könne; allein dieſes begründet einen *durchaus neuen* Proceſs, eben ſo, als wann der in Hinſicht auf einen ſpeciellen Klaggrund ſchon einmal beſiegte Kläger mit einem *andern*, dortvon ganz verſchiedenen, ſpeciellen Klaggrund einen anderweiten Rechtsſtreit einleitet[91]).

§. I.

Beweis, oder Beſcheinigung, der Paſſiv-Legitimation zur Sache.

Betrachtet man die Paſſiv-Legitimation (§. f. nr. 1. 2. 3. 4. 5. und 6) in Bezug auf deren *Beweis*, ſo tritt von ſelbſt hervor, daſs *der* ſtreitende Theil, welcher den *Uebergang* einer ſonſt fremden Verbindlichkeit auf ſeinen Gegner behauptet, oder aus einem dieſem beygelegten *Zuſtands-Qualitäts*-oder *ſächlichen Rechtsverhältnis* eine Obligation ableiten und dieſe realiſirt wiſſen will, den Beweis jener *Fortpflanzung*, jenes *Zuſtandes*, jener *Eigenſchaft*, oder *jenes auf eine Sache ſich beziehenden Verhältniſſes*, im Fall einer

[91]) L. 28. §. 4. ſeq. Dig. *de jurejurando.* 12. 2. Gönner, a. a. O. Thl. I. Abh. XX. §. 2. u. d. f. Grolman, a. a. O. §, 168.

einer Verneinung ſelbſt übernehmen muſs [92]), daferne weder Notorität [93]), noch eine Rechtsvermuthung [94]), ihn der Laſt enthebt*).

Präjudiciell [95]) iſt, der Natur der Sache nach, auch der Gegenſtand *dieſes*, einen abſolut weſentlichen Beſtandtheil des Proceſſes betreffenden, Beweiſes; doch *folgt* daraus nicht, daſs derſelbe *mittelſt einer Sonderung herauszuheben* und, *bevor* in der Hauptſache weiter vorgeſchritten werde, *ausſchlieſslich* zu beſeitigen ſey. Vielmehr wirkt auch hier das Grundprincip der Eventual-Maxime, und man kann auf dieſen Gegenſtand des proceſſualiſchen Verfahrens eben daſſelbe anwenden, was im §. k. von dem Beweis der *activen* Legitimation zur Sache für das Allgemeine aufgeſtellt wurde. Hat nämlich A) der Kläger [96]) in der Klagſchrift die beſon-

[92]) L. 5. §. 18. Dig. *de agnoscondis vel al. liber.* 25. 3. L. 6. Dig. *ſi ingenuus eſſe dicetur* 40. 14. L. 9. Cod. *de probationibus.* 4. 19.

[93]) Wenigſtens eine, durch ein amtliches Zeugnis auszuſprechende, Gerichts-Notorität iſt hier denkbar.

[94]) L. 8. u. 14. Dig. *de probationibus* 22. 3.

*) Vergl. *Archiv* für die civiliſt. Praxis. B. 1. Abh. 21.

[95]) L. 5. §. 18. Dig. *de agn. vel alend. lib.* 25. 3.

[96]) Auch hier iſt auf die, die Behauptung einer Paſſiv-

ſondere Thatſache, Qualität u. ſ. w., welche den Beklagten als das verbindliche Subject darſtellen kann, *gar nicht*, oder *nicht ſo*, vorgetragen, daſs letzter ſpeciell und erſchöpfend darauf zu antworten vermag, ſo hat die Klage einen *weſentlichen Mangel*, welcher deſſen Rüge, unter der beliebigen Rubrik: „*exceptio deficientis legitimationis ad cauſam paſſivae*“ [97]), begründet, den Richter aber befugt und verpflichtet, den Beklagten *von der Inſtanz* zu entbinden, m. a. W., die Klage als angebrachter Maſen untauglich, unſtatthaft ſofort zu verwerfen.

Daferne hingegen

B) die Geſchichtserzählung der Klagſchrift jene Bedingung der Verbindlichkeit des gewählten Beklagten *deutlich in ſich faſst*, ſo *muſs* dieſer, eine erforderliche Begründung der Hauptſache vorausgeſetzt, auf jenen Legitimations-Punct *beſtimmt ſich einlaſſen*, wo ſodann

1)

Legitimation des Klägers §. f. nr. 2. 4. u. 6. in ſich enthaltende, *Einrede*, wird ſolche ein Gegenſtand der Entſcheidung. ſo wie auf Repliken und Dupliken, alles anwendbar, was von der *Klage* geſagt wird, inſoferne dieſe einen Punkt der ſpeciellen Paſſiv-Legitimation des Beklagten vorträgt.

97) Nicht des Klägers, ſondern des *Beklagten*.

1) geschiehet dieses *verneinend*, und wäre auch der *factische Grund der Hauptklage*, ganz oder zum Theil, *in Abrede gestellt*, dem Kläger der Beweis, oder die Bescheinigung, *sämtlicher verneinten Puncte*, ohne Trennung, aufgelegt, dem Beklagten aber der Gegenbeweis, oder die Gegenbescheinigung, ebenfalls sowohl in Hinsicht auf den Passiv-Legitimations-Punkt, als in Betracht der Principal-Sache, nachgelassen, in dem Gange des Processes aber, so wie bei der Abfassung der Definitiv-Sentenz, jener Punct der Legitimation *immer voran in Betracht gezogen wird* [98]). Sollte

2) der Beklagte den Grund der Hauptklage *einräumen*, oder diese eines Beweises nicht bedürfen, derselbe aber

a) einer gemischten oder peremtorischen Einrede sich bedient haben, so kann auch hier der Richter entweder

α) zunächst einen *besondern Beweis* des Beklagten Passiv-Legitimation dem Kläger zur Pflicht machen, oder

β) auch dem Beklagten, in dem nämlichen Interlocut, den gleichzeitig zu füh-

98) Abhandl. IV. §. f.

führenden Beweis ſeiner Einrede auflegen.

Im Falle α) wird, hat der Kläger das Obliegende *dargethan*, dann erſt *beſonders* auf den Beweis der Einrede des Beklagten erkannt; welches hingegen *vergeblich* ſeyn würde, daferne der Kläger jenen Beweis *nicht führte*, und alſo *ſchon deshalb* des Beklagten *Entbindung* erfolgen muſs. Im Falle β) aber zeigt ebenfalls die Eventual-Maxime den Weg zur Verhandlung und Entſcheidung des Rechtsſtreites*). Wäre ferner

b) von dem Beklagten eine erhebliche gemiſchte oder zerſtörende Einrede der *geſtändigen*, oder *eines Beweiſes nicht bedürfenden*, Hauptſache *nicht entgegen geſtellt* worden, ſo liegt die Paſſiv-Legitimation des Beklagten inſoferne als die *allein rückſtändige*

*) d. h. Bey der Definitiv-Sentenz prüft der Richter *zunächſt* den über die Paſſiv-Legitimation geführten Beweis. Iſt in dieſem *gar nichts* dargethan, ſo bedarf des Beklagten Hauptbeweis keiner Prüfung. Iſt aber *dort* bewieſen, vollſtändig oder unvollſtändig, ſo wird alsdann, reſp. *bedingt* mit einem Ergänzungs- oder Reinigungseid, auch über jenen Hauptbeweis erkannt.

ständige Streitfrage vor, welche durch den, dem Kläger aufzulegenden, feierlichen oder summarischen, Beweis zu der endlichen Entscheidung des Rechtsstreites hinzuführen ist.

Daferne

C) der Mangel an der passiven Legitimation *erst im Laufe des Processes incidirend sich darstellt*, so gebietet ein richterliches Decret die Abhülfe dieses *präjudiciellen Incidentpunctes*, jedoch unter *eventueller* Mitberücksichtigung der übrigen noch zu erörternden Streitpuncte. *)

Auch hier ist übrigens rechtsgewiss, dass des Klägers Nichtbeweis der des Beklagten Passiv-Legitimation zur Sache zum Grund gelegten Thatsache, Qualität u. s. w., des letztern *gänzliche Entbindung* von *dieser* Klage zur Folge hat, dass jedoch die Behauptung eines *andern*, als *dort* angegebenen, Grundes der Fortpflanzung der Verbindlichkeit u. s. w. eine *neue*, von der vorigen juristisch verschiedene, Klage zu begründen vermag.

§.

*) Eben so, wie bei der Activ-Sachlegitimation §. k. lit. C.

§. m.

Mittel *) *zu dem Beweis der Legitimation zur Sache.*

Daſs Zeugen [99]) und ſchriftliche Urkunden [100]) die den Kläger zu einem Rechtsanſpruch

*) Vergl. *Archiv* für die civiliſt. Praxis. B. 1. Abh. 3. §. 2. nr. 3. mit §. 4. ff.

99) Wenn nicht dieſe durch die Natur der vorliegenden *Proceſs-Art* ausgeſchloſſen werden. Abh. II. §. g.

100) Und zwar auch Privaturkunden, *Archiv*, B. 2. Abh. 1. nr. 1. Zu dem Beweis einer Ceſſion reicht der *bloſe Beſitz* eines *Privat-Schulddocuments*, enthielte dieſes auch die Clauſel: „*allen getreuen Inhabern*," nicht zu, weil das Wort: „*getreuen*" von ſelbſt auf die Bedingung eines *rechtlichen* Erwerbs hinzeigt, dieſer alſo von dem Inhaber der Urkunde nachzuweiſen iſt. Leyser, in Medit. ad Pand. ſpec. 201. med. 2. Mevius in Deciſ. P. VII. dec. 236. M. G. Wernher, in lect comment. in Pand. Lib. XVIII. Tit. IV. §. 17. Cotta, l. c. §. 17. Doch ſind viele anderer Meinung. Hofacker, in princ. jur. rom. germ. T. III. §. 1956. Brunnemann, in tract. de Ceſſione actionum. Cap. IV. nr. 80. Kind, in quaeſt. for. T. I. Cap. 29. T. III. Cap. 40. Hommel, in Rhapſ. quaeſt. for. obſ. 645. Vergl. Glück in der Erläut. der Pand. B. 16. §. 1022. p. 440. ff. Mühlenbruch, von der

spruch befähigende, oder den Beklagten zu dem Gebrauch einer Einrede befugende, Qualität u. s. w. erweisen können, läſst sich nicht bezweifeln. Auch darf man, nach dem Verhältnis der einzelnen Fälle, beweislich ausgemittelten *auſsergerichtlichen Geständnissen* [101]) jene Kraft beilegen; so wie auch *Rechtsvermuthungen*, soferne resp. deren thatsächliche Prämissen dargethan sind, besonders diejenigen, welche aus dem *Besitz* einer *Qua-*

der Cession der Forderungsrechte. §. 41. p. 415. f. Eine andere Frage ist: ob nicht wenigstens eine *Vermuthung* aus jenem Besitz hervorgehe, und was diese wirke? — *Staats*papiere *au porteur* fallen gar nicht unter die obige Streitfrage, und können am wenigsten nach den Principien des röm. Rechts beurtheilt werden. Diesem sind sie *ganz fremd und unbekannt.* Mit der Herstellung der Staatsschuldscheine jener Art verpflichtet sich der Staat, und spricht gleichsam als Gesetz aus, „daſs er *jeden Besitzer* des Schulddocuments als zur Sache legitimirt anerkennen und zahlen wolle“ — „daſs es einer *weitern* Rechtfertigung, als das Inhaben, nicht bedürfen solle.“ Der Beweis eines illegalen Erwerbs fällt dann auf den, welcher denselben wider den Besitzer behauptet.

101) Cap. 10. *de probationibus*, 2. 19. L. 13. in f. Cod. de non num. pec. 4. 30.

Qualität hervorgehen [102]), die juridische Wahrheit der Befugnis zur Sache, insoweit ein Gegenbeweis dieselbe nicht entkräftet, zu begründen vermögen, ja selbst *künstliche Beweise* [103]) und gesetzliche Eide, ein Erfüllungs- oder Reinigungs-Eid, zur Ergänzung oder Auflösung eines unvollkommenen Legitimations-Beweises, keinesweges ausgeschlossen sind *).

Den Gebrauch des *Schiedes-Eides* will ein Theil der Rechtsgelehrten aus diesem Felde *verbannen*, weil man, über *fremde* Handlungen oder Verhältnisse zu schwören, nieman-

102) L. 14. Cod. *de probationibus*. 22. 3. L. 12. Dig. *de statu hominum*. 1. 5.

103) Martin, §. 222. Archiv f. d. civilist. Praxis B. 1. Abh. 3. §. 5. nr. 2. mit Note **. u. ***. p. 35 f.

*) Wo das Gesetz den Gebrauch eines der legal vorgezeichneten Beweis*mittels* (*Archiv* für die civilist. Praxis B. 1. Abh. 3. §. 4. 5. 6. 7. 8.) *nicht verbietet*, weder in Rücksicht auf die *zu erweisende Thatsache*, noch wegen der gewählten *Processart* (Abh. III. §. 9.), da stehet dem Beweisführer der Gebrauch *eines jeden* offen, der Regel nach *cumulativ*. Martin §. 175ª. *Archiv*, B. 1. Abh. 12. p. 155. f. Dieses feste Grundprincip des Processes beleidiget Mühlenbruch a. a. O. §. 61. Note 25. auf eine auffallende Weise.

manden anſinnen [104]), auch über das Recht eines *Dritten* ſich nicht vergleichen könne[105]), inſonderheit demſelben der in einer *nicht von ihm* geführten Streitſache von einem andern geleiſtete Eid nicht nachtheilig werden ſolle [106]), und daher der Beklagte, werde ihm der Eid über des Klägers Rechtfertigung zur Sache angetragen, dadurch gegen des wirklich Befugten Anſpruch auf das nämliche Object, hätte der jetzt aufgetretene, den Eid deferirende, Kläger dieſe Eigenſchaft fälſchlich oder irrig ſich beigelegt, nicht geſichert werde [107]). Ein anderer Theil der Rechts-

104) L. 4. Dig. *de in litem jurando.* 12. 3. L. 11. §. 2. Dig. *rerum amotarum.* 2. 25. Sieber, in dem gerichtlichen Proceſs §. 393. will daher den Eid dann zulaſſen, wann der Beklagte bey der Ceſſion u. d. gl. *gegenwärtig* geweſen ſey, oder ſonſt *zuverläſſige* Nachricht davon habe.

105) L. 2. Cod. *inter alios acta rel.* 7. 60. L. 3. Dig. *de transactionibus.* 2. 15. coll. L. 21. Dig. *de dolo malo*, 4. 3. L. 2. et 31. in fine Dig. *de jurejurando*, 12. 2.

106) L. 3. §. 3. L. 9. §. 7. L. 10. L. 11. §. 3. in fine Dig. *de jurejurando.*

107) M. G. Wernher, l. c. Lib. XII. Tit. II. §. 22. nr. 5. I. B. Wernher, in ſel. Obſ. for. P. III.

Rechtsgelehrten fühlt, daſs dieſe Gründe wenigſtens auf das Verhältnis der *Paſſiv-Legitimation* [108]) nicht anwendbar ſind, und will daher

III. obſ. 54. Malblanc, in doctrina de jurejurando. §. 144. nr. 108. Claproth, in dem ordent. Proceſs. Thl. II. §. 320. nr. XIX. Hofacker, in princ. jur. rom. germ. T. III. §. 4515. not. g. Neuerdings iſt Mühlenbruch a. a. O. pag. 547. dieſer Meinung beigetreten; ich glaube aber, deren Irrthum, directen Widerſpruch mit dem Buchſtaben und Geiſt des Röm. Rechts, ſo wie ihre Schädlichkeit für den öffentlichen Credit, desgleichen die gänzliche Gefahrloſigkeit des Schuldners, welchem über des Klägers Sachlegitimation der Schiedeseid angetragen wird, hinlänglich gezeigt zu haben in dem *Archiv* für die civiliſt. Praxis. B. 2. Abh. 1.

108) Denn *dieſe* Legitimation zur Sache hat ja ein *ſelbſteigenes* Factum, oder Verhältnis, *derjenigen* Partei, *welcher* von dem Gegner der Eid angetragen wird; ſo wie eine dortmit verbundene, durch *eben jenes ſtreitenden Theils* Willen exiſtirende, Verbindlichkeit zum Gegenſtand. Schwört alſo dieſe Partei den ihr deferirten Schiedeseid ab, ſo löſst die von dem Gegner ihm beigelegte Verbindlichkeit, *in Hinſicht auf den ihr unterlegten Grund, eben ſoweit* ſich auf, als wenn durch Zeugen, Urkunden u. ſ. w., ihr Daſeyn nicht, oder ihr Nichtdaſeyn, erwieſen worden wäre. Iſt die Thatſache

daher die Eidesdelation nur in Betracht der *Activ*-Legitimation zur Sache ausgeschlossen wissen [109]. Noch andere gestatten *auch über diese* im Allgemeinen den Antrag des Schiedes-Eides, nehmen jedoch *den* Fall aus, wo eine von dem Beklagten geleistet werden sollende *Quantität*, z B. das ursprünglich nicht dem jetzigen Kläger als Forderung zuständig gewesene Darlehn, in Frage stehe. Denn — sagen diese — gäbe der Beklagte den Eid zurück und der Kläger leistete diesen, wäre jedoch nicht der befugte Gläubiger, so würde der im Gefolge des von dem Kläger abgeschwornen referirten Eides verurtheilte und zahlende Beklagte in der Gefahr verbleiben, den nachher gegen ihn auftretenden wahren Creditor die nämliche Summe nochmals, so aber doppelt, zu bezahlen [110].

Allein

sache ein alleiniges Factum dessen, dem deshalb der Eid angetragen wird, so findet nicht einmal die Relation statt (not. 119.)

[109]) Hommel, in Rhapsod, qu. for. Obs. 12. Auch mögen die übrigen, not. 107. angezogenen, Rechtsgelehrten nur die legit. *activa* in dem Blicke gehabt haben.

[110]) I. L. Schmidt, in den öffentlichen Rechtssprüchen. Abschn. II. nr. LXXX. §. 7. Berger, in Oec. jur. Lib. IV. Tit. XXV. th. V. nt. 17.

Allein Gesetze und Rechtsprincipien sprechen *dafür*, dass *sowohl* über die *active* als über die *passive* Legitimation der Antrag des Schiedes-Eides *unbedingt* Statt finde [111]).

Es ist dieser Eid, habe er auch gewisser Masen die Natur oder vielmehr *Folgen* eines Vergleiches, von den Gesetzen in die Reihe der *ordentlichen Beweismittel* dadurch aufgenommen [112]), dass er in *Civilsachen* allgemein dazu benützt werden darf, den Richter von der juridischen Wahrheit jeder, einer Streitfrage zum Grund liegenden, für dieselbe erheblichen, speciellen *Thatsache* zu überzeugen [113]). Auch stehet das römische Recht [114]) nicht

111) Dieses wird auch angenommen von Kind, in qu. for. T. I. Cap. XXIV. und Berger, P. I. Suppl. elect. disc. for. Tit. XVIII. Obs. VII. Cotta, Pr. Ludovici, in cit. diss. §. 36.

112) Grolman, a. a. O. §. 91.

113 L. 3. §. 1. L. 13. et 34. Dig. *de jurejurando*. 12. 2. Martin, §. 213. Ges. n. l. adj. Nov. 73. Cap. 4. L. 25. Dig. *de probationibus*. 22. 2. L. 5. §. 8. Dig. *de injuriis*. 47. 10. L. 11. §. 1. et 2. L. 12. et 14. Dig. *de actione rerum amotarum*. 25. 2. L. 32. Cod. *de fideicommissis*. 6. 42. L. 10. Cod. *de rebus creditis*. 4. 1.

114) Die Gesetze, welche verordnen: der *Vormund*, oder

nicht entgegen, und es ist in der Lehre des teutschen Processes nicht zu bezweifeln, dass der

oder *Procurator*, sey nicht zwangspflichtig, über eine nicht von ihm vollzogene Handlung, oder ihm fremde That, einen Eid abzuleisten, L. 4. Dig. *de in litem jurando.* 12. 3. L. 11. §. 2. Dig. *d. a. rer. amot.* 25. 2. sind auf die vorliegende Frage *gar nicht anwendbar.* Denn eine Nebenperson im Process ist keine Hauptperson, und was in der L. 11. §. 2. Dig. *de act. rerum amotarum.* 25. 2. von dem Verhältnis des Vaters zu seinem Hauskind gesagt wird, setzt entweder voraus, dass letzteres, einer amotio wegen belangtes, Subject noch am Leben sey, und *selbst* schwören könne — *is ergo cogitur jurare, qui amovisse dicitur,* — oder will, so wie der darauf folgende Theil des Gesetzes: „*et idcirco nec heres ejus, qui, quaeve, amovisse dicitur, jurae cogetur,*" nur soviel sagen: „dass der, auf welchen eine ursprünglich ihm nicht obliegende Verbindlichkeit sich fortgepflanzt haben soll, oder welcher aus einem andern Grund verpflichtet wäre, für derselben Erfüllung zu haften, nicht de *veritate* der Verbindlichkeits-Quelle zu schwören pflichtig ist, sondern *insoweit* mit der *Ignoranz* sich entschuldigen kann." L. 42. Dig. *de regulis juris.* 50. 17. Daraus folgt aber nicht, dass auch der Eidesantrag *über sein Wissen* unzuläsig sey. Das letztere Gesetz enthält nicht die entfernteste Spur einer solchen Unpflicht; dahingegen ein anderes röm. Gesetz. L. 12. Cod. *de rebus creditis.* 4. 1. in den

der beweisende Theil seinem Gegner nicht blos über *dessen alleinige*, oder zwischen diesem und jenem *gemeinschaftliche*, Handlungen den Schiedes-Eid anzutragen befugt sey, sondern sogar über Facta *aliena*, die weder dem Kläger noch dem Beklagten *allein eigen*, oder zwischen diesen *gemeinschaftlich* sind, ja selbst über *alleinige*, zur Entscheidung beitragende, Facta, oder persönliche Verhältnisse, des *beweisführenden* Theils [115]). Denn zu der selbstigen Ableistung eines Schiedes-Eides

den Worten: *cum multum discrepet juramentum hereditarium a principali sacramento*, wohl nichts anders sagen will, als: der Erbe müsse, in Hinsicht auf Handlungen seines Erblassers, zwar schwören, jedoch nicht wie dieser, de *veritate*, sondern de *ignorantia*. Vergl. a. *Archiv* f. d. civilist. Praxis. B. 2. Abh. 1. §. 2. p. 10. f.

115) Selbst *dieses* sprechen die Römischen Gesetze klar aus, indem sie dem ex Edicto Carboniano bonorum possessionem forderndem Weibe die Eidesdelation sogar *darüber* gestatten; *dass sie schwanger sey*. L. 10. Dig. *de Carboniano edicto*. 37. 10. V: „*si illa heredi detulit jusjurandum*," coll. L. 3. §. 3. Dig. *de jurejurando*, V: *vel contra eam juratum est*. Hier muss der Erbe doch wohl de *ignorantia* schwören *müssen*? Man füge diesem hinzu, was ich in dem *Archiv* a. a. O. §. 2. p. 11. ff. näher ausgeführt habe.

Eides kann man ſich nicht darbieten; und ſo würde man für den letzten Fall von dem Gebrauch jenes, nicht ſelten einzigen, Beweismittels ganz ausgeſchloſſen ſeyn [116]). Nur iſt derjenige, welchem der Eid über eine ſolche Thatſache deferirt wird, welche in Rückſicht *auf ihn* als ein factum *mere alienum* ſich darſtellt, d. h. entweder ſeinem Gegner ausſchlieſslich angehört, oder einem Dritten, denſelben blos *dahin*, „daſs er die Wahrheit, oder reſp. Nichtwahrheit, jener Thatſache nicht wiſſe [117]), auch nicht glaube [118]),“ zu lei-

[116]) Dieſes aber ganz gegen den Hauptgrund, aus welchem die Geſetzgebung den Schiedes-Eid als Beweismittel dargeſtellt hat und erlaubt. Nov. 73. Cap. 4.

[117]) Dieſes folgt aus den not. 104. 5. 6. u. 113. angezogenen Geſetzen, und ganz grundlos wird es von einigen theils in Bezug auf eben dieſelbe, nicht richtig verſtandene, Geſetze bezweifelt und beſchränkt. Malblanc, in doct. de jurejurando. Lib. III. §. 43. pag. 131. Grolman, a. a. O. §. 92.

[118]) Die, welche das juramentum *credulitatis* als eine Miſsgeburt der Praxis verbannt wiſſen wollen, Malblanc l. c. §. 44. Grolman, a. a. O. §. 94. Tevenar, in der Theorie der Beweiſe u. ſ. w. Abſch. II. Cap. III. pag. 88. überſehen, daſs derſelbe den recipirten Geſetzen nicht fremd iſt. II. Feud.

leisten *zwangspflichtig* [119]). Viele Landesgesetze

Feud. 58. §. 4. *Cum datur* rel., auch das juramentem ignorantiae in sich fasst. Die Eidesformel gehet immer dahin: „*er wisse und glaube nicht*,“ oder resp. er *wisse und halte dafür*. Dieser *Zusatz* ist auch durchaus nicht *zwecklos*, vielmehr einer weisen Gesetzgebung angemessen, da er die bona fides des Schwörenden betrifft, und deren Anregung nach der Natur eines Beweismittels sehr heilsam werden kann, welches im Grunde ein Zeugnis in eigener Sache enthält. L. 32. Cod. *de fideicommissis*. 6. 42. Auch wird das *Nichtwissen* durch jenen Anhang des *Nichtglaubens* qualificirt — gegen Vagheit und leichtsinniges Hinschwören mehr gesichert. Selbst auch die Römischen Gesetze enthalten von jener Erscheinung eine Spur, welche den Glaubens-Eid *nicht schlechthin* ausschliess. L. 34. pr. Dig. *de jurejurando*. 32. 2. Den Zweifel erregt der *modus* der *dessentwegen* für nicht verpflichtend zu achtenden Delation. Vergl. hiermit *Archiv* für die civilist. Praxis. B. 2. Abh. 2. p. 34. Note 21. u. 28. a. Abh. 1. pag. 17. Note. 24.

119) Nur die *Zurückschiebung* des über ein *alleiniges* Factum *dessen* zugeschobenen Eides, *welchem* dieser deferirt wird, findet *deshalb* nicht Statt, L. 11. §. 3. L. 12. et 13. Dig. *rerum amotarum*. 25. 2., weil vernünftige Gesetze nicht zulassen können, dass derjenige, welchem die Ableistung eines Eides über die *Wahrheit* oder *Unwahrheit* einer von ihm, ohne Concurrenz des

ſetze haben dieſes beſtätiget [120]). Der Grund aber, daſs man über das Recht eines Dritten ſich nicht vergleichen könne u. ſ. w., greift eines Theils gar nicht ein, und führt andern Theils *zu weit*. Die Eidesdelation *bezweckt nicht*, über das Recht eines *Dritten* ſich zu vergleichen, und hierdurch ſolchem einen Einbuſs zuzuführen, ſondern die zwiſchen den *ſtreitenden* Parteien *obwaltende Streitfrage*

des Deferenten, vollzogen ſeyn ſollenden Handlung in die Hände gegeben iſt, ſelbige verweigern, und ſeinem, dortmit unbekannten, Gegner die eidliche Erhärtung auflaſten wolle: „er *wiſſe* und *glaube*, daſs dieſe alleinige Handlung ſeines Gegners wahr oder nicht wahr ſey." Vielmehr iſt zu vermuthen, daſs *jene Relation* von einem böſen Gewiſſen, einer Gefährde, ausgehe, daher dem, den ein *ſolcher* Eid angetragen wurde, will er des Gegners Beweisſatz nicht einräumen, zu der Abwendung der Folgen des Ungehorſams nichts weiter übrig bleibt, als entweder zu ſchwören, oder, vermöge einer Erlaubniſs der teutſchen Proceſsgeſetze, ſein Gewiſſen mit Beweis zu vertreten. Mrtin, §. 217. u. d. f. Vergl. hiermit *Archiv* f. d. civiliſt. Prax. B. 2. Abh. 2. §. 3. Note 10 p. 30. f.

120) Beſonders die Sächſ. Proceſs-Ordnungen, welche aber ſelbſt von einer unrichtigen Erklärung der römiſchen Geſetze ausgehen. Archiv, B. 2. Abh. 1. Not. 26.

frage ſoll durch ſelbige entſchieden, und auf dieſem Wege zwiſchen *dieſen* Intereſſenten das förmliche Recht ausgemittelt werden[121]. Letzteres mag im Gefolge der Eides-Delation, oder *durch andere Mittel* geſchehen, welche den Richter von der juridiſchen Wahrheit oder Unwahrheit einer ſtreitigen Thatſache überzeugen ſollen, z. B. Zeugen, Urkunden u. ſ. w., ſo bleibt immer, *hier wie dort*, das Princip ſtehen, „daſs das Reſultat *dieſes* Proceſſes das Recht *eines Dritten* nicht verrücken kann [122].“ Es würde dieſem nach folgen, daſs *nie* ein Rechtsſtreit über die Frage: „ob der Kläger das Recht eines Dritten, oder die Qualität, von welcher ein Recht abhängt, erworben habe?“ zugelaſſen werden dürfte, und daſs mithin die Activ-Legitimation zur Sache *nie* ein Object des gerichtlichen Ver-

121) Daſs *auch ſolche* Rechtsverhältniſſe, in Hinſicht auf welche ein Dritter intereſſirt ſeyn und in der Folge klagbar werden kann, unter den *jetzt ſtreitenden* Theilen durch den deferirten Eid entſchieden werden können, ſetzen ja die Römiſchen Geſetze klar voraus. Z. B. L. 3. §. 3. L. 9. §. 7. L. 11. pr. et §. 3. L. 13. §. 1. Dig. *de jurejurando*. 12. 2. Vergl. *Archiv*, B. 2. Abh. 1. pag. 25. f.

122) L. 12. Dig. *de jurejurando*. 12. 2. M. ſ. d. G. §. d. not. 25.

Verfahrens wäre. Das fällt in das *Absurde.* Auch gestatten die Römischen Gesetze *ausdrücklich*, das Daseyn oder Nichtdaseyn eines *status durch Eidesdelation* auszumitteln [123]. Und was ist dieses anders, als die Activ- und Passiv-Legitimation zur Sache, d. h. zum Genuſs der Zustands-Rechte, oder zu der Forderung an den Gegner, „die mit dessen Zustand verbundenen Lasten zu tragen," durch den Schiedes-Eid zu beweisen [124])? Selbst die Gefahr einer *doppelten Leistung* ist *juridisch* nicht vorhanden; denn ist von einer dinglichen, oder andern, nur gegen den Besitzer Platz greifenden, Klage die Rede, so ist ja der Beklagte, wird solchem das Object ohne seine Schuld von einem unbefugten Kläger *abgestritten*, gegen den Angriff eines *zweiten* Klägers *dadurch* gedeckt, daſs er den Besitz

123) L. 3. §. 2. L. 13. L. 30. §. 4. Dig. *de jurejurando.* 12. 2. L. 6. Cod. *de rebus creditis.* 4. 1.

124) Auch kann der *Besitz* einer Sache und deren *Eigenthum* durch den Schiedeseid bewiesen werden. L. 9. §. 7. L. 11. pr. et §. 3. *de jurejurando.* 12. 2. Warum also *alsdann* nicht, wenn der Besitz oder das Eigenthum eines Objects *die Bedingung der legitimatio ad causam* ist? §. e. nr. 5. u. 6.

ſitz *bona ſide, juſſu judicis*, aufgegeben hat[125]; und ſo wie bei dieſer Art der Klagen dem Beklagten *frei ſtehet*, kennt und glaubt er ſeines Gegners Legitimation zur Sache nicht, den hierüber ihm angetragenen Eid *anzunehmen* und durch deſſen Ableiſtung *den Angriff zu vereiteln*, eben ſo vermag er dieſes auch dann, wann er mit einer *perſönlichen* Klage, ſey es auf eine *Quantität*[126]), oder auf ſonſt ein Object, belangt wurde. *Will* aber der Beklagte, vielleicht weil die Kenntnis und Ueberzeugung von der Befugnis ſeines Gegners ihm beiwohnt, oder weil er ſonſt eine Abneigung gegen die Ableiſtung eines Eidſchwurs hat, dieſen zurückgeben, je nun! ſo wird er entweder mit Recht verurtheilt, oder er muſs ſeinen *willkührlichen* Entſchluſs, und deſſen Folgen, als ein *ſich ſelbſt dargebrachtes Opfer* betrachten. Wenigſtens iſt jene Gefahr in Hinſicht auf *ſämtliche* Beweismittel *allgemein*, ja noch gröſser, wann die Activ-Legitimation nur durch Zeugen u. d. gl. be-

125) L. 167. §. 1. L. 169. pr. Dig. *de regulis juris.* 50. 2. L. 7. §. 4. Dig. *de jurisdictione.* L. 27. §. 1. L. 36. Dig. *de rei vindicatione.* 6. 1. L. 6. Dig. *ſi uſusfructus petatur.* 7. 6.

126) Es iſt daher grundlos, in dieſem Fall eine *Ausnahme* machen zu wollen.

bewiesen werden könnte; da das Resultat dieser Beweismittel von dem Beklagten nicht abhängig ist, und es doch wohl gröſsere Sicherheit giebt, Zeuge in eigner Sache seyn zu dürfen, als dem Gewissen und Product fremder Subjecte sich zu überlassen *). Jede menschliche Anstalt bleibt unvollkommen, und, so auch das Institut der Rechtspflege, welches nur mit der möglichst schnellen und sichern Herstellung des *förmlichen* Rechtes unter den *streitenden* Theilen sich beschäftigen soll, und es nicht vermag, *mathematische* Gewiſsheit auszumitteln, oder jede *Folge* eines Processes zu *verbürgen*. Dem Betrogenen u. dergl., sind besondere Rechtsmittel gegen den Betrüger, Empfänger u. s. w., gegeben [127]) — *mehr* kann die Gesetzgebung wohl nicht thun.

§.

*) Bei einer Privat-Cessions-Urkunde muſs ja der beklagte Schuldner sogar die Hand eines *Dritten*, des Cedenten, entweder *anerkennen*, oder *eidlich verneinen!* *Archiv* f. d. civil. Prax. B. 2. Abh. 1. §. 1.

127) Z. B. L. 12. Cod. *de rebus creditis et de jurejur.* 4. 1. Thibaut, in dem System des Pandekten-Rechts. Thl. III. §. 1162. Vergl. hiermit *Archiv* für die civilist. Prax. B. 2. Abh. 1. p. 23—26.

§. n.

Allgemeine Folgen des Mangels der Legitimation zur Sache.

Wer *wissentlich*, daſs er activ zur Sache nicht legitimirt ſey, eine Klage erhebt, oder Einreden, Repliken, Dupliken u. ſ. w., auf eine erdichtete Qualität u. ſ. w. gründet, erhält den Namen eines Calumniators [128], Chikaneurs, welcher zu dem Erſatz alles durch den unbefugten Rechtsſtreit dem Gegner zugefügten Schadens, ſo wie zu der Erſtattung aller Proceſskoſten, verbunden iſt, und über dieſes mit einer öffentlichen Strafe belegt werden kann [129]. Fehlt der *böſe Vorſatz,*

[128]) *Calumnioſus eſt, qui ſciens prudensque per fraudem negotium alicui comparat.* Paulus, ſent. recept. L. I. Tit. V. §. 1. L. 6. Cod. *de adminiſtratione tutor.* 5. 37. Cap. 5. X. *de dolo et contumacia.* 2. 14.

[129]) Zwar iſt hier nicht die Rede von dem falſchen Ankläger in Criminal-Sachen, Tit. Cod. *de calumniatoribus.* 9. 46., auch nicht von denen, welche für Geld zur Erhebung eines widerrechtlichen Proceſſes ſich miethen laſſen, und von der gegen dieſe nach den Römiſchen Geſetzen Statt findenden *actio calumniae*, Tit. Dig. *de calumniatoribus.* 3. 6.; allein die Pflicht zu der Koſten-

ſatz, wäre auch *grobe Schuld* vorhanden, ſo tritt der Fall blos unter die Principien von der Erſtattung der Proceſskoſten[130]. Demjenigen, der den Grund ſeiner Paſſiv-Legitimation zur Sache *wiſſentlich abläugnet*, drohen die Geſetze für einzelne Fälle beſondere Privat-Strafen[131] — im Allgemeinen gehört er in die Claſſe der Calumniatoren. Daferne jemand es weiſs, daſs auf ſeiner Seite die Paſſiv-Legitimation zur Sache ermangelt, desungeachtet aber, unter der Verheimlichung jenes Umſtandes, mit dem Gegner in den

ſten-Erſtattung folgt aus den allgemeinen Principien, Abh. VI.; und, daſs der vorſätzliche Miſsbrauch eines Inſtituts des Staates zum Nachtheil des Mitbürgers u. ſ. w. eine öffentliche Ahndung verdiene, läſst ſich wohl nicht bezweifeln.

130) In Rückſicht auf *Schadens*- und *Koſten*-Erſatz iſt es gleichviel, ob man unter temeritas nur culpam latam, oder auch dolum, verſtehen will; §. 1. in fine Inſt. *de poena temere litig.* 4. 16. Abh. VI. Die *Calumnia* aber erfordert *wirklichen böſen Vorſatz*; und dieſer, nicht *jene* culpa, ziehet eine *öffentliche* Strafe nach ſich. L. 4. Cod. *de fructibus et litium expenſis.* 51. 4.

131) Z. B. L. 80. Dig. *de rei vindicat.* 6. 1. Nov. 18. Cap. 10. L. 11. §. 3. Dig. *de interrog. in jure fac.* 11. 1. M. ſ. deshalb *Archiv* f. d. civil. Praxis. B. 3. Abh. 25. p. 421. ff.

den Rechtsstreit sich einläßt — *liti se offert* — so soll er, nach dem Römischen Recht, zur Strafe als der wahre Beklagte behandelt und zu der Zahlung des vollen Werths des von dem Kläger verfolgten Objects verurtheilt werden[132]. Dieses war die Folge der wenigstens bei den dinglichen Klagen von dem Beklagten vor der Litiscontestation zu leistenden Cautionen: *judicatum solvi*, *rem defendi usque ad finem, et dolum malum abesse*[133]. Obgleich nun diese Cautionen nach teutschen Processgesetzen sich von selbst, stillschweigend, verstehen, und so geradehin sich nicht behaupten läßt, die Römischen Privatstrafen seyen in Teutschland nicht recipirt, so lehrt man doch gewöhnlich: der *liti se offerens* sey nur zum *Ersatz* aller aus dem vergeblichen Process hervorgehenden *Schäden* und der durch selbigen veranlaßsten *Unkosten* verpflichtet[134].

War der Kläger davon unterrichtet, daß des

132) L. 6. Dig. *si usufructus petatur*. 7. 6. L. 13. §. 13. Dig. *de heredit. petitione*. 5. 3. L. 11. §. 1. Dig. *de interrog. in jure faciendis*. 11. 1. L. 27. 11. Dig. *de rei vindicatione* 6. 1.

133) L. 39. Dig. *de dolo malo*. 4. 3.

134) Thibaut, in dem System des Pandekten-Rechts. Thl. III. §. 1058.

des Beklagten Passiv-Legitimation ermangele, so *compensirt* sich der gegenseitige dolus in Hinsicht auf Privat-Entschädigung und Kosten-Ersatz [135]).

Uebrigens ist das Princip: „der Richter müsse in allen Processarten das Daseyn der Legitimation zur Sache, als einen absolut und allgemein wesentlichen Bestandtheil des Processes, in jeder Lage des Rechtsstreits *von Amtswegen* prüfen" [136]), dahin zu verstehen: dass derselbe, sobald eine Klage angestellt worden, oder eine vorgebrachte Einrede u. s. w., in Betracht zu ziehen ist, jene und diese auch mit *dem* Blick prüfen muss: „ob auch die Geschichts-Erzählung der Klage, Einrede u. s. w., insoferne von einem ursprünglich nicht dem Kläger oder Beklagten zuständig gewesenen Recht die Rede, oder dieses mit einer besondern Qualität oder Thatsache bedingt ist, oder insoweit eine auf den Beklagten fortgepflanzte, oder mit einer Qualität u. s. w.

135) L. 45. Dig. *de hereditatis petitione.* 5. 3. L. 25 et 26. Dig. *de rei vind.* 6. 1. Die *Compensation* folgt aus dem Princip: dolus cum dolo, culpa cum culpa compensatur.

136) Martin, §. 35. not. b. und c. Danz, in den Grundsätzen des ord. Processes §. 125. not. d). Grolman, a. a. O. §. 123.

u. f. w. deffelben bedingte, Verbindlichkeit das Object der Klage u. f. w. feyn foll, *diejenigen facta* wirklich, klar und vollftändig, in fich enthält, welche die Gefetze dortzu, nach der Natur der vorliegenden Klage oder Einrede u. f. w. erfordern[137]?" Entdeckt der

137) Im Fall die thatfächlichen Bedingungen der Legitimation zu der Hauptfache in den Acten, an der gehörigen Stelle, von dem einen Theil vorgetragen worden find, und von deffelben Gegner, fey es auch aus einem vermeidbaren Irrthum, *eingeräumt* werden, fo liegt es aufser der Befugnis und Pflicht des Richters, von Amtswegen zu unterfuchen: ob jenes, von der Willkühr des Intereffenten ausgehendes, Zugeftändnis der *factifchen Wahrheit wirklich entfpreche.* Denn nach dem Geifte der Verhandlungs-Maxime mufs der Richter *in diefer Sache* für juridifch wahr halten, was die über ihre Privatrechte frei disponirenden Parteien, in Hinficht der *thatfächlichen* Streitpunkte, fich gegenfeitig zugeftehen. Daher ift auch die auf folche Verhandlungen gebaute richterliche Sentenz, jenes Irrthums ungeachtet, *der Rechtskraft fähig*, und wird *Gefetz für die ftreitenden Theile* L. 36. Dig. *familiae erciscundae*, 10. 3. Selbft das Gefuch um Reftitution wird dagegen nicht gehört. L. 7. Cod. *de juris et facti ignorantia*, 1. 18. *Diefes* wohl haben einige mifsverftandene Rechtsgelehrte fagen wollen. Cotta, Pr.

der Richter einen wesentlichen Mangel, so verwirft er die Klage *sofort*, die Einrede aber wenigstens dann, *wann über solche zu erkennen ist.* §. i. u. k. Eben so in Ansehung der Repliken und Dupliken [138]). *Das* aber, dass *nur der Beweis* der *gehörig vorgebrachten* factischen Grundlagen jener Legitimationen noch zur Zeit ermangelt, befugt den Richter keinesweges zu der sofortigen Zurückwerfung

Pr. Ludovici, l. c. §. 10. Resp. Erford. nr. 89. Vergl. a. *Archiv* f. d. civilist. Prax. B. 1. Abh. 3. §. 7. Note **. p. 42.

138) Die *blos eventuell* vorgebrachten Vertheidigungs-Mittel läst man, der Regel nach, sind sie nicht *offenbar und gänzlich irrelevant*, *bis dahin* auf ihrem Werth oder Uuwerth beruhen, wo des Richters Entscheidung *von ihnen* ausgehen, wenigstens über ihre *Zulässigkeit* erkennen muss. L. 9. Cod. *de exceptionibus.* 8. 36. L. 9. Cod. *de obligationibus.* 4. 10. So werden z. B. die der Litiscontestation angehängten Einreden, hat der Beklagte den factischen Grund der Klage verneint und wird daher dem Kläger der Hauptbeweis aufgelegt, so scharf nicht geprüft, als in dem Fall, wenn die Klage eines weiteren Beweises nicht bedarf und *jene Einreden* der Gegenstand des dem *Beklagten aufzulegenden Hauptbeweises* werden sollen. Meine Anleit. z. ger. Praxis. §. 64. Note 22.

fung der Klage[139]), oder zu der Nichtbeachtung der Einrede, sondern *nur dazu*, den Beweis, oder die Bescheinigung, jener Thatsachen aufzulegen[140]), und, werden neben dem Legitimationspunkt auch andere Streitfragen verhandelt, seine Prüfung immer zunächst auf jenen *Präjudicialpunkt* zu fixiren, um, wirft sich die Nichtlegitimation zur Sache heraus, die Hauptsache von dem Gesichtspunkt aus zu betrachten, daſs selbige, weil das Präjudicielle nicht existent geworden ist, sich von selbst auflösst[141]).

Wäre

139) Es wäre denn, daſs die *besondere Processart* einen *schleunigen*, mit dem factischen Vorbringen selbst zu vereinigenden, Beweis erfordert hätte. Martin, §. 239.

140) Ob auf *Beweis*, d. h. feierlichen, oder nur auf *Bescheinigung*, zu erkennen sey, läſst sich *im Allgemeinen* nicht bestimmen. Zunächst entscheidet die Proceſs-Art der Hauptsache, und nebenbei die Natur des in concreto vorliegenden Legitimations-Punktes. Ist solcher *nicht incidirend*, sondern in der Klage oder Einrede enthalten, so muſs, der Regel nach, auf *Beweis* erkannt werden, falls nicht die Hauptsache selbst summarisch verhandelt wird. Abh. IV. §. i. Abh. V. §. k. not. 81.

141) Abhandl. IV. §. i.

Wäre im Anfang des Processes jener Mangel übersehen worden, so ist das bisher Verhandelte von Richter-Amts wegen für absolut *nichtig* zu erklären; es wäre denn die factische Grundlage der Sachlegitimation in den Acten von der jener bedürfenden Partei *vorgetragen* und *nur die Auflage des Beweises* versäumt worden. In diesem Fall stehet, daferne kein Zugeständnis irgend einer Art vorliegt, nichts entgegen, annoch auf derselben präjudiciellen Beweis, oder Bescheinigung, zu erkennen, und hierdurch den Process aufrecht zu erhalten.

Aendern sich im Laufe des gerichtlichen Verfahrens die streitenden Theile, der Kläger, oder der Beklagte, oder beide, so muss auch hier der Richter seinen Blick vor allem auf derselben Befugnis zur Aufnahme und Fortsetzung dieses Rechtsstreites richten, und deren Beweis, oder Bescheinigung, als präjudiciell, ihnen zur Pflicht machen.

So kann es, auf jene oder diese Weise, sich ereignen, dass in *jedem* Abschnitt des Processes der Sach-Legitimationspunkt zur Sprache kommt; und, vermöge desselben Zweckes, „einen vergeblichen Rechtsstreit über das Recht oder die Verbindlichkeit eines Dritten richterlich zu verhüten," tritt

es

es als Folge hervor, daſs wenigſtens ſo oft, als der Richter ein Interlocut ertheilt, noch mehr aber bei dem Entwurf der Definitiv-Sentenz, oder eines Erkenntniſſes in der Revisions-Leuterungs- oder Appellations-Inſtanz, derſelbe ſich ſelbſt die Pflichtfrage aufwerfen muſs: „ſind beide Theile, nach dem Inhalte ihres eigenen Vorbringens, *ad cauſam legitimirt**)?

Uebrigens ergiebt ſich von ſelbſt, daſs die Legitimation zur der *Rechtsverfolgung* überhaupt. §. a., ingleichen die zur *Sache*, §. d„ die ſtreitenden Theile ſelbſt, *deren eigene Perſonen* [142]), betrifft, dahingegen die Rechtfertigung zu dem *Proceſs*, §. b., und zu der *Praxis*, §. c., auf die *Neben-Perſonen* [143]) ſich beziehet.

*) Daher iſt dieſes officielle Conſiderandum auch amtliche Obliegenheit des Referenten. Meine Anleit. zur ger. Praxis. §. 64. pag. 408. nr. 3.

142) Die *ſtreitenden Haupt-Perſonen*. Martin, §. 32—37.

143) Martin, §. 66. u. d. f.

VI.

VI.

Abhandlung

Zu §. 37.

Proceſs - Koſten[1]),

deren Erſtattung, Compenſation u. ſ. w.[2]).

§. a.

Die Staatsanſtalt der Gerichte erfordert einen *beſondern Aufwand* zu derſelben *Erhaltung*. Soll ſich der Richter, beſtehe dieſer aus einem *einzeln* Subject, oder aus einer *collegialiſchen Mehrheit* von Perſonen, den Juſtizgeſchäften ausſchlieſslich, wenigſtens hauptſächlich, widmen, mithin auf andern Erwerb inſoweit Verzicht leiſten, ſo muſs ihn

1) Man nennt dieſe häufig: *Unkoſten, expenſae*, um ſie von anderm Koſtenaufwand, *impenſis*, zu unterſcheiden. Mencken, in tract. ſyn. proceſſus. Tit. XXXV. §. 1.

2) Ein neues Leben in dieſen Theil der Proceſslehre brachten: A. D. Weber, über die Proceſskoſten, deren

ihn der Staat dafür entſchädigen, und ihm die Lebenserforderniſſe ſichern. Eben dieſes iſt der Fall in Hinſicht auf die Neben- und Unter-Gehülfen des Gerichts — den Actuar, Gerichtsdiener, u. ſ. w.[3]). Auch bedarf der Zweck des Inſtituts noch manches koſtſpielige *Mittel* — ein Gerichtslocal und dergl. Es lieſse ſich denken, daſs dieſe Staatsausgaben durch eine *allgemeine*, jeden Unterthan,

Vergütung und Compenſation. Schwerin, Wismar und Bützow, 1788. Dagegen, Hennemann, Beitrag zu der Rechtstheorie von Erſtattung der Proceſskoſten. Schwerin 1789. J. F. G. Emmrich, commentatio de litium expenſis quoad cauſas civiles. Gött. 1790., welche Abhandlung dieſer Rechtsgelehrte näher ausführte in der teutſchen Schrift: Ueber die Proceſskoſten, deren Erſtattung und Compenſation. Göttingen 1791. Ein zweiter Theil dieſes Werks, Göttingen 1792, handelt von den *peinlichen* Koſten. Dann J. von Schmidt genannt Phiseldeck, Beitrag zu der Lehre von den Proceſskoſten. Helmſtädt 1793. Webers Abhandlung erlebte ſchon die 5te Auflage, welche, mit Zuſätzen, inſonderheit mit der Beantwortung der Gründe ſeiner Gegner, vermehrt, zu Hannover 1811. erſchien. Endlich J. H. Borst, über die Erſtattung der Proceſskoſten. Nürnberg 1812.

[3]) Martin, §. 69.

than, er bediene sich der Staatshülfe auf dem Wege des Civilprocesses oder nicht, oft oder selten, *regulirt treffende*, nach seinem *Vermögen* bestimmte, Auflage bestritten würden, oder dass die einzelnen Gerichte zu jenem Behuf besonders *dotirt* wären[4]); allein die Verfassung der teutschen Länder und Gerichte[5]) bildete sich dahin aus, dass jeder streitende Theil des Gerichtes Bemühungen in dem Laufe des *ihn betreffenden* Processes bezahlen muss, damit hiervon das Institut und sein Personal erhalten und belohnt werde[6]).

Auf

[4]) Zum Theil ist dieses bisweilen der Fall; insoferne nämlich der *Niesbrauch bestimmter Grundstücke* mit dem *Sold* einer Gerichtsperson verbunden ist, oder dieselbe eine fixe Besoldung *anders woher*, als aus der *Sportel-Casse*, beziehet.

[5]) *Cam. Ger. Ord.* v. J. 1555. Thl. I. Tit. 33. Auch das Römische Recht kennt die Gerichtssporteln. Nov. 82. Cap. 7. pr. et Cap. 9. Das Canonische erlaubt dem Delegaten *soviel*, „nur den baaren Verlag, z. B. nothwendige Reisekosten, von den Parteien zu fordern, und nichts anders, nisi forsan *esculentum*, vel *poculentum*, mera libertate oblatum, quod *paucis consumi possit diebus*, von jenen anzunehmen." Cap. 11. §. 4. in 6to *de rescriptis*. 1. 3.

[6]) Dieses ist *gerecht*, weil der Rechtsstreit *Privat*-Rechte der Parteien betrifft — *weise*, weil eine un-

Auf dieſe Weiſe entſtehen die *gerichtlichen Koſten*, *Gerichtsgebühren*, *Sporteln*, *Legegelder*, welche jeder ſtreitende Theil während des Rechtsſtreites für die Thätigkeit des Richters

unentgeldliche Juſtizpflege die Gerichtshöfe mit ſtreitluſtigen Menſchen anfüllen, und den Richter nöthigen würde, über jede geringfügige Sache einen Rechtsſpruch zu ertheilen. Ein frommer Wunſch dürfte es aber bleiben, daſs die Gerichts-*Gebühren* nur nach dem *Gerichts*-Bedarf abgemeſſen, nicht aber als Quelle der *Einkünfte* des Landes-oder Gerichts-Herrn angeſehen werden möchten. Warum ſoll gerade *derjenige* Unterthan, welchen das ohnehin nicht glückliche Loos einer gerichtlichen Rechtsverfolgung trifft, nicht bloſs die *nothwendige* Belohnung des Gerichts übernehmen, ſonder nebenbei und über dieſes die *allgemeinen* Landeslaſten auf Koſten ſeines Privatvermögens erleichtern helfen? Dieſe gebühren *dem Ganzen* — jedem Unterthan nach den Kräften ſeines Vermögens — keinesweges aber einer einzelnen, ohnehin beläſtigten, Claſſe. So mancherlei Gutes die ſogenannte öffentliche Rechtspflege nach franz. Proceſsgeſetzen haben mag, ſo ſind doch die Gerichtsuntergebenen zu bedauren, welche durch die mit ſelbiger verbundenen Gerichtsgebühren u. ſ. w., ſamt dem Enregistrement, von der Juſtiz doppelt und dreifach geplündert werden.

ters und feiner Gerichtsgehülfen entrichten [7]), *verlegen*, *abstatten*, muſs.

Oft aber bedarf auch das zum Rechtsstreit sich rüstende, oder in diesem befangene, Subject des Beistandes eines der Rechte kundigen, oder andern beihüflichen Mannes — eines Advocaten, Procurators, Vormundes u. s. w., deren Belohnung eben sowohl baaren Aufwand erheischt, als andere *Mittel* zur Einleitung, Führung und Beendigung des Processes, ohne daſs man diese Ausgaben unter den Begriff der *Gerichts*-Gebühren stellen könnte. Man nennt daher selbige: *ausergerichtliche* [8]) *d. h. nicht an das Gericht zu zahlende Proceſs-Kosten.*

So-

[7]) Z. B. für die Ladungen und andere proceſsleitende Decrete, für Protocolle, Zeugenverhöre, Bescheide u. s. w. Weber, a. a. O. §. 1. pag. 3. Emmrich, a. a. O. §. 2. pag. 6. u. d. f. Mencken, l. c. Tit. XXXVI. §. 2. Auch die Abschriftsgebühren, insoweit *das Gericht selbst* die Copien besorgt, sind dahin zu rechnen.

[8]) Dahin gehören hauptsächlich, die Advocaten- und Anwalts-Deserviten, (Martin, §. 72. u. 73), deren und des Principals, auch der Zeugen, Reise- und Zehrungs-Aufwand, weniger nicht der letztern Entschädigung für den Zeitverlust, für Geldverlag, für Stempelpapier wo die-

§. b.

Sowohl die *gerichtlichen* als die *auſsergerichtlichen* Proceſskoſten laſſen ſich in *nothwendige* [9]) und in *willkührliche* eintheilen; jenachdem der Zweck des gerichtlichen Verfahrens und der rechtliche Betrieb der Streitſache den Aufwand *wirklich* [10]) *erfordert* [11]),

 oder

dieſes eingeführt iſt, auſsergerichtl. Abſchriften, Notariatsgebühren, Bothenlohn, Briefporto u. dergl. Weber, a. a. O. §. 1. pag. 3. Emmrich, a. a. O. §. 2. pag. 7. Mencken, l. c. Tit. XXXVI. §. 7.

9) Expenſae *neceſſariae*, Cap. 3. in fine X. *de eo qui mittitur in poſſeſſionem.* 2. 15., auch *legitimae* et *moderatae.* Cap. 6. in fine X. *de dolo et contumacia.* 2. 14.

10) D. h. nach der *jetzigen Lage* des Proceſſes *als nothwendiges Mittel zum Zweck* erſcheint. Am *Ende* des Rechtsſtreits kann ſich freilich ergeben, daſs die *Abſicht* verfehlt wurde, z. B. der Zeuge weiſs *nicht*, was er bekunden ſollte. Dieſer *Ausgang* beſtimmt jedoch den Begriff der Nothwendigkeit keinesweges.

11) Quae *conſueto modo* circa lites expenduntur. L. 13. §. 2. Cod. *de judiciis.* 3. 1. Es gehören dahin die geſetzmäſsigen Gerichtgebühren, Advocaten- und Anwalts-Deſerviten, nöthiger Aufwand für die Zeugen, Stempelpapier u. dergl. We-

oder dieſer nebenbei, ohne Zwangspflicht, aus Freigebigkeit, oder um ſein Recht auch mit Anſtrengung *auſserordentlicher* Mittel zu verfolgen, von einem ſtreitenden Theile unternommen wird [12]).

§. c.

Auch von einer beſondern *Proceſsart* [13]) kön-

Weber, a. a. O. §. 1. pag. 3. Emmrich, a. a. O. §. 2. pag. 7. u. d. f. Mencken, l. c. Tit. XXXVI. §. 8.

[12]) Man nennt ſolche auch: „expenſae *delicatae*,“ L. 25. in fine Dig. *de actione pignoratitia*: 13. 7., und rechnet dahin, Belohnungen der Rechtsbeiſtände *über* die Taxgebühr, Aufwand für inſtruirende Reſponſa öffentlicher Spruchcollegien, oder anderer Rechtsgelehrten, Actenverſendungs-Koſten und Urthels-Gebühren, inſoferne das willkührliche Geſuch einer Parthei den auswärtigen Rechtsſpruch veranlaſst (Martin, §. 61. und 288.), die Reiſekoſten und Meilengebühren ſolcher entfernt wohnenden Advocaten, welche ein ſtreitender Theil aus einem beſondern Zutrauen perſönlich in *das* Gericht bringt oder ſendet, in deſſen Bezirk öffentlich recipirte Rechtsbeiſtände ſich befinden u. dergl. Oelze, in der Anleit. zur gerichtl. Praxis. §. 285. Weber, a. a. O. pag. 4. Emmrich, a. a. O. pag. 8. Schaumburg, in princ. prax. jud. I. Sect. I. Mbr. IV. Cap. III. §. 13. et not. ***.

[13]) Z. B. Provocations-Koſten.

können die Unkosten einen Beinahmen erhalten. Doch findet *insoferne*, siehet man hin auf die Verbindlichkeit, dieselben zu entrichten, oder zu erstatten, wohl schwerlich eine Verschiedenheit [14]) ausser derjenigen Statt, welche im Verhältnis der Kosten des *Concurs*-Processes zu den Kosten der übrigen Arten des Civil-Processes sich darstellt. Letztere werden sämmtlich hierunter von gleichmäßigen Principien beherrscht, die aber in dem Gantverfahren sich nicht anwenden lassen, so lange der Ueberschuldete nicht wieder zahlfähig wurde [15]). Vielfacher ist die

[14]) Auf die *Grösse* des Aufwandes kann die Procesart Einfluss haben. In geringfügigen summarischen Sachen sind in manchen Ländern, oder Gerichten, die Sporteln *geringer*, als in dem feierlichen Process; — es ist wohl, nach Special-Gesetzen, auch untersagt, eines Advocaten sich zu bedienen, oder man kann wenigstens keine Erstattung des diesem gezahlten Honorars fordern, so dass der im Allgemeinen nothwendige Aufwand in Rücksicht auf die vorliegende *Procesart* nur als willkührlich beurtheilt wird. Auch das Römische Recht enthält ähnliche Vorschriften. Nov. 17. Cap. III. Auth. ad. leg. 3. Cod. *de sent. et peric. recit.* 7. 44.

[15]) Die Concurskosten haben auch ihre *besondern* Ein-

die Benennung und Eintheilung des Aufwandes in einem anhängigen Rechtsstreit nach dessen *verschiedenen Theilen* und *Abschnitten*; denn in Rücksicht hierauf erhalten sie oft eine *specielle Nebenbezeichnung*, hergenommen von dem *besondern Act*, von der einzelnen Instanz, auf welchen sie verwendet wurden, in welcher sie aufliefen. Insoferne giebt es Unkosten der *ersten Instanz*[16]) insonderheit des

Eintheilungen. V. NETTELBLATT, in diss. de sumtibus concursus creditorum. Halae 1754. DABELOW, in der Entwickelung der Lehre von dem Concurs der Gläubiger. Halle 1801. Cap. XXIV. pag. 649. u. d. f. Auf noch weit mehr verschiedenen Ansichten und Principien beruhet die Lehre von den Unkosten in dem inquisitorischen Criminal Procefs; dahingegen der accusatorische Procefs dem Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, in Ansehung der Unkosten, zwar näher tritt, jedoch ebenfalls abweichende Entscheidungs-Normen feststellt. *Const. Crim. Carol.* art 12. 13. 61. 139. 157. 166. 176. 201. 204. 219. TITTMANN, in dem Handbuch der Strafrechts-Wissenschaft. Thl. IV. §. 890. u. d. dort. Litterat. EMMERICH, über die Procefskosten u. s. w. Thl. II. §. 1. u. d. f.

16) MARTIN §. 41. Bisweilen werden die Kosten der *ersten* Instanz *vorzugsweise* die *Procefskosten* genannt. OELZE in der Anleitung zu der gerichtl. Praxis. §. 283. nr. 2.

des ersten, des Productions- des Beweis- und Haupt-Verfahrens; u. dergl., ferner, der *anderweiten* Instanz, auch *Instanz schlechthin*, d. h. der Appellations- der Revisions- der Leuterungs- der Supplications-Instanz, und endlich der Executions-Instanz u. s. w.[17]). Einen noch engern Begriff haben die *Termins-Kosten*, d. h. welche durch das einer Partei oder deren Sachwalter obliegende persönliche Erscheinen vor Gericht[18]) und die hierdurch bezweckte Verhandlung veranlasst werden[19]). Auch diese Abschnitte und speciellen Benennungen haben jedoch im Allgemeinen keinen Einfluss auf die Verbindlichkeit

[17]) Martin, §. 41. 56. 131. 224. 250. 263.

[18]) Martin, §. 118. Oelze, in der Anl. z. ger. Praxis. §. 83.

[19]) Winckler, Pr. Pastineller, in diss. de expensis termini. Vit. 1717. In weiterer Bedeutung gehören aber hierzu auch Ladungs-Gebühren, so wie die *auf die Tagfahrt sich beziehenden*, mündlichen oder schriftlichen, Verhandlungen, mit Inbegriff des darauf erfolgenden richterlichen Decretes. Wenigstens ist dieses der Fall bey dem Sächs. Verfahren *von Mund aus in die Feder*, indem die *nach der Tagfahrt* eingebrachten Sätze *fingirter Weise*, an jenem Tag, in jenem Termin, dem Actuar in die Feder dictirt werden. Meine Anleit. zur ger. Praxis. §. 5. und 50.

keit zu der Vergütung der in ihnen und auf ſie verwendeten Unkoſten, obgleich die Veranlaſſung und das Reſultat eines einzelnen Proceſsacts dem allgemeinen Verbindlichkeits-Grund noch einen zweiten hinzufügen und einen beſondern Nahmen hervorbringen kann.

§. d.

Daferne nemlich eine Partei

1) eine ihr *obliegende*, zu einer *beſtimmten Zeit* zu vollziehende, Handlung in dem Proceſs *ſchuldlich unterläſst*, durch die Rüge und Folgen dieſes *Ungehorſams*[20]) aber beſondere Unkoſten erwachſen und dem Gegner veranlaſst werden[21]), ſo erhalten dieſelben den Beinahmen: *Contumacial-Koſten* — expenſae *contumaciae*[22]).

Und inſoferne ein ſtreitender Theil

2) auf

[20]) Martin, §. 117.

[21]) L. 15. Cod. de judiciis. 3. 1. Cap. 6. in fine X. de dolo et contumacia. 2. 14.

[22]) *Camm. Ger. Ordn.* v. J. 1555. Thl. III. Tit. 41. u. d. f. Schaumburg, in princ. prax. jud. Lib. I. Sect. I. Mbr. II. Cap. I. §. 3. not. ***. Gönner, in dem Handb. Thl. I. Abh. XXI. §. 21.

2) auf eine andere, positiv-thätige, Weise *vergebliche* Auftritte und Verhandlungen in dem Laufe des Rechtsstreites verursacht, dessen Fortgang grundlos aufhält, verschleift[23]), insonderheit durch den Gebrauch nicht haltbar begründeter Rechtsmittel gegen richterliche Entscheidungen[24]), erhalten die *Kosten des verzögerten Streites* — expensae *litis retardatae*[25]) — ihr Daseyn.

3) *überhaupt* darauf hinsiehet, dass eine in der Hauptsache durch die Definitiv-Sentenz verurtheilte Partei für verbindlich erkannt wird, dem Gegner die Unkosten zu erstatten, nennt man solche: expensas *victoriae*[26]), oder *totius* causae[27]), auch wie-

23) Cap. 5. de dolo et contumacia. 2. 14. L. 4. Cod. de fruct. et litium expensis. 7. 51.

24) Die *hierdurch* entstehenden Kosten nennt man auch im *speciellen* Sinne: Unkosten *des verzögerten Processes.* Oelze, in der Anleitung zu der gerichtlichen Praxis.

25) H. Temmen, in tr. de litium expensis. Cap. VIII. Sect. III.

26) L. 18. §. 6. Cod. de judiciis. 3. 1. Temmen, l. c. Cap. VIII. Sect. IV.

27) Aus diesem Nahmen folgt jedoch nicht, dass der *Sie-*

widerrechtlich verursachte Kosten *schlechthin* — Kosten der *ganzen* Sache, oder des *verlohrnen* Rechtsstreits [28]).

§. e.

Da, so lange ein Rechtsstreit, oder ein einzelner Streitpunkt in desselben Laufe, noch nicht entschieden ist, sich auch mit juridischer Gewissheit noch nicht übersehen läſst, welcher der streitenden Theile als temerarius litigator zu betrachten und mithin in die Unkosten zu verurtheilen sey, da es sogar

Sieger in der Hauptsache sämmtliche auf den Proceſs verwendete Unkosten erstattet erhalte. In *einzelnen Abschnitten* kann *auch er* zu der Vergütung der *hierinnen* von ihm, z. B. durch Ungehorsam, Verzögerung u. s. w., veranlaſsten Kosten verurtheilt worden und insoferne *selbst* zur Erstattung an den Gegner verbunden seyn. Daher wird z. B. in der Definitiv-Sentenz bisweilen erkannt: „Es ist auch der Beklagte sämmtliche auf diesen Rechtsstreit verwendete gerichtliche und auſsergerichtliche Unkosten, *insoweit nicht hierüber bereits rechtkräftig erkannt wurde*, dem Kläger zu erstatten pflichtig.“ Schaumburg, l. c. pag. 327. §. 13. not. **** et *****.

28) Weber, a. a. O. §. 1. pag. 5. lit. c. u. not. 6. Emmrich, a. a. O. §. 2. pag. 10. lit. c. u. not. g. Schaumburg, l. c. pag. 325. §. 13.

ſogar als möglich vorliegt, daſs derſelben Compenſation erkannt werde[29]), — da es aber auch in mancherlei Hinſicht ſchädlich ſeyn würde, den Parteien von Seiten des Gerichts ſo lange zu creditiren, bis der Koſtenpunkt rechtskräftig entſchieden iſt; ſo muſs jeder ſtreitende Theil, der Beklagte ſowohl als der Kläger, *bis zu dieſer Entſcheidung* der Hauptſache und des Koſtenpunkts *die* Koſten ausſchlieſslich beſtreiten[30]), welche er *durch ſeine Anträge* als deren *unmittelbare Folge* veranlaſst[31]); dahingegen in *den* Fällen, wo beide ſtreitende Theile auf die nämliche Verfügung antragen, oder der von keiner Partei auf-

[29]) d. h. jedem falle *das* zur Laſt, was *er* auf den Proceſs verwendet habe, betrage nun dieſes *mehr*, oder *weniger*, als der Aufwand ſeines Gegners. §. q.

[30]) Daher die Regel: omnia fiunt ſumtibus petentis. Temen, l. c. Sect. III. Cap. IV. Auch ſagt man in Rückſicht auf dieſe Zahlungen: der Impetrant — Extrahent — *verlege* die Unkoſten — übernehme den *Koſtenverlag;* inſoferne nämlich dem Zahlenden die *Hoffnung* bleibt, die gezahlte Summe *als Sieger* von ſeinem Gegner *erſtattet* zu erhalten.

[31]) Weber, a. a. O. §. 2. dort. Lit. not. 1. Emmrich, a. a. O. §. 3. So muſs z. B. der Kläger die Gerichts- und Inſinuations-Gebühren entrichten, welche die von ihm ausgewirkte Ladung an den Beklagten veranlaſst u. ſ. w.

aufgeforderte Richter eine zu der nähern Entwickelung des Rechtsstreits dienliche Handlung vermöge des Rechts und der Pflicht seines Amts verfügt, z. B. eine Beaugenscheinigung des streitigen Objects[32]), jede Partei die Unkosten pro rata herschiessen und erwarten muss, was eine künftige Sentenz dieses Kostenpunktes wegen erkennen wird[33]).

So

[32]) MARTIN, §. 123 c. u. 205.

[33]) TEMMEN, l. c. Sect. III. Cap. IV. nr. 17. 28. u. a. O. Besonders schreiben es die Sächs. Gesetze bestimmt vor. SCHWEITZER in dem Lehrbuch des Sächs. Proc. §. 37. Der Begriff des *Verlags* der Unkosten und der Hoffnung, dieselben erstattet zu erhalten, beziehet sich nur auf die *nothwendigen* Processkosten §. d.; daher z. B. der Aufwand für ein *nur von der einen Partei* verlangtes auswärtiges Erkenntnis *selbst auf den Fall des Sieges jenes Impetranten* diesem *nicht erstattet wird.* MUSAEUS in den Beyträgen zum teutschen Rechte. Abh. II. §. 1. Sollte es jedoch in der Natur des Rechtsmittels liegen, dass das Gericht die Acten versenden *muss*, weil es nicht nochmals *selbst sprechen darf*, das Rechtsmittel aber nicht devolutiv ist, so kann die Bitte der einen Partei, um Actenversendung, nicht als *freie Willkühr* ausgelegt werden, sondern nur als *Andeutung* dessen, was das Gericht *auch ohne besondere Bitte verfügen müsste.* Dann haben die Acten Versendungskosten und Urtheilsgebüh-

So bleibt das Erkenntnis über die nothwendigen Koſten der ganzen Sache, inſoweit in dem Laufe des Proceſſes über einen Theil derſelben nicht auszuſprechen war (§. d.), bis zu der erſten *endlichen* Entſcheidung der Hauptſache *ausgeſetzt*[34]).

§. f.

Armenrecht.

Von jener allgemeinen Verbindlichkeit, die Proceſskoſten *ſofort* zu bezahlen — zu ver-

bühren gleiches Schickſal mit den übrigen Proceſskoſten. Anders jedoch wann die auf Actenverſendung antragende Partei auch ein *devolutiv*-Rechtsmittel wählen *können*, und nur von der alternativen Befugnis Gebrauch macht, ſtatt der Appellation ein bloſes Suspenſiv-Rechtsmittel zu wählen, dabey um Actenverſendnng zu bitten, dann fällt ihre freie Willkühr unter obige Regel.

34) Martin, diſſ. de juſte ſuſpendendo judicio de expenſis etc. Goett. 1796. Oft wird daher den Interlocuten die Schluſsclauſsel angefügt: „*worauf alsdann*, *ſowohl in der Hauptſache*, *als wegen der Unkoſten*, *ferner ergehet*, *was den Rechten nach ſich gebührt*.“ Bei blos *proviſoriſchen* Verfügungen des Richters ſetzt dieſer die Unkoſten auch wohl *ſtillſchweigend* aus, ſo daſs hierbei aus dem Stillſchweigen über den Koſtenpunct in dem richterlichen

verlegen — kann jedoch *Armuth* befreien[35]; indem es hart seyn und den Staat entehren würde, nur demjenigen seine Hülfe zu ertheilen, welcher diese zu bezahlen vermag.

Jenes Vorrecht des Armen hat die Natur eines beneficii competentiae[36]; denn *arm* nennt man *in Hinsicht auf die Processführung* diejenige Partei, sei es der Kläger oder der Beklagte, welche kein hinreichendes Vermögen, bewegliches oder unbewegliches, besitzt, auch weder durch seine Kenntnisse und Geschicklichkeit, noch durch seine Körperkräfte, soviel zu erwerben vermag, dass sie sich im Stande befände, *nach Abzug* des *nothwendigen* Lebensbedarfs ihrer selbst, und *ihrer Alen-*

lichen Ausspruch eine Compensation sich nicht folgern lässt. Schaumburg, in princ. prax. jud. Lib. II. Cap. IV. §. 10. et not. ***. Leyser, in Medit. ad Pand. spec. 499. med. 10. seq. Struben, in den rechtl. Bedenken. Thl. I. Bed. 10. Auf jeden Fall ist es aber besser und verhütet Zweifel und vergeblichen Zwist, über die Unkosten *ausdrücklich* zu erkennen, selbst wann sie compensirt oder ausgesetzt seyn sollen.

35) Nov. 17. Cap. 3. Cap. 11. §. 4. in 6to de rescriptis. 1. 3. *Cammer-Ger. Ordn.* Thl. I. Tit. XIX. §. 5. u. Tit. XLI. §. 1.

36) Thibaut, in dem System des Pandecten-Rechts. Thl. I. §. 186.

Alenden, die Kosten des Rechtsstreites zu bestreiten [37]). Es ist daher möglich, dass jemand Vermögen, selbst unbewegliches, als Eigenthum besitze, und dennoch den *Armen* in der Processführung beigezählt werden muss [38]), ein anderer hingegen weder liegende,

[37]) Dieser Begriff folgt aus dem in der *Cam. Ger. Ord.* v. J. 1555. Thl. I. Tit. 78. vorgeschriebenen *Armen-Eid*, mit welchem man *die* eidliche Beſtärkung der *Vermögens-Grösse* nicht verwechseln darf, welche in dem R. A. v. 1654. §. 114. blos als Bedingung der Zuläſſigkeit einer solchen Appellation vorgeschrieben ist, deren Streitobject das gesetzliche Quantum nicht beträgt. Leyser, in Medit. ad Pand. spec. 85. med. 2. Auch kommt *Stand* und *Würde* dessen, der zu dem Armenrecht seine Zuflucht nehmen will, in Betracht, da der Begriff der Armuth hier *blos relativ* aufgefasst werden muss. Schulze, in diss. de pauperibus in Camera litigantibus. Cap. I. §. 1. Gönner, a. a. O. Thl. I. Abh. XXIV. §. 1. Die Vorschrift: *pauper est, qui minus quam 50 aureos habet.*, L. 10. Dig. de accusat. et inscript. 48. 2. bleibt ausser Betracht. Doch enthalten Landesgesetze etwas Aehnliches. Schweitzer, a. a. O. §. 46. Davon abgesehen wird die Sache überhaupt ein Gegenstand des richteramtlichen Ermessens. Schaumburg, in princip. prax. jud. Lib. I. Sect. II. Cap. III. §. 5. n. *. et **.

[38]) Leyser, l. c. sp. 4. Schaumburg, l. c. §. 5. et not. *.

de, noch entbehrliche fahrende, Habe im Vermögen habe, und desungeachtet, weil die mögliche Anwendung seiner Geistes- oder Körper-Kräfte ihn zahlfähig macht, den Begriff eines *Armen* sich nicht beylegen, mithin auf jenes beneficium competentiae keinen Anspruch machen kann. Jedoch ist weder die Religion[39]), noch der Vorwurf einer *verschuldeten* Armuth[40]), noch der *Stand*[41]), ein Hinderniss zu der gesetzlichen Erreichung jener Rechtswohlthat.

Diese selbst, die Befugniss, Anspruch auf Ertheilung und Genuss jenes beneficii zu machen, führt den Namen des *Armenrechts.*

§. 9.

39) Auch der streitende Jude hat Anspruch auf das Armenrecht. Gönner, a. a. O. §. 1. Lit. not. e. M. s. jedoch Schulze, l. c. Cap. II. §. 3. Auch der arme Fremdling ist von dem Genuss jener Wohlthat nicht ausgeschlossen; jede teutsche Gesetzgebung und Regierung würde sich schämen, dem armen Ausländer deshalb die Justiz zu verweigern, weil er nicht vermöge, die Sporteln u. s. w. zu bezahlen.

40) Z. B. durch Verschwendung, muthwillige Ueberschuldung u. s. w. Gönner, a. a. O.

41) Auch adliche Personen erhalten das Armen-Recht. Moser, Reichs-Hofraths-Process. Thl. IV. nr. VII. Cap. VI. §. 7. u. d. f.

§. 9.

Das *Armenrecht* bestehet in Hinsicht auf die Processführung darinnen[42]), dass dem, der es erwirbt, die Justiz *vor der Hand*, unentgeldlich geleistet werden muss, mithin ihm weder Gerichtssporteln irgend einer Art, noch Advocaten- oder Anwalts-Gebühren, angefordert werden können[43]). Vielmehr ist

[42]) Manche geben den Armen, als in die Classe *personarum miserabilium* gehörig, in Bezug auf L. un. Cod *quando Imperator inter pupillos, viduas*, rel. 3. 14., auch einen, schon im Allgemeinen bezweifelten, privilegirten ausserordentlichen Gerichtsstand. Leyser, l. c. spec.: 78. med. 1., und die generelle Ueberschrift jenes Gesetzes: *vel alias miserabiles personas* dürfte, der *dagegen* vorgebrachten Gründe ungeachtet, Müller, in Obs. ad Leys. Medit. T. l. obs. 217. jene Ansicht vollkommen rechtfertigen, da der *Arme* obigen Begriffs gewiss eher als eine persona miserabilis angesehen werden kann, als die *reiche Wittbe.* Allein die Sonderbarkeit jenes sogenannten, auf keinen Fall Gunst verdienenden Fori extraordinarii hat eine *enge* Usual-Interpretation und die Praxis veranlasst, dasselbe auf die Armen nicht auszudehnen. Gönner, a. a. O. §. 2. Das weitere Martin, §. 56. dort Litterat.

[43]) Auch von der Ausgabe für Stempelpapier u. dergl. ist der Arme frey. Grolman, in der Theorie des gerichtl. Verfahrens. §. 58. b. not. a.

ist demselben, *erfordert* es die *Beschaffenheit der vorliegenden Sache*, ein Rechtsbeistand, Advocat und resp. Procurator, von Richteramts wegen beizugeben[44]).

Eine andere Frage aber ist: *woher* die *baaren* Auslagen zu bestreiten sind, welche der Fortgang des Processes, abgesehen von dem, was für die Thätigkeit *aller*[45]) Gerichtspersonen und als Honorar der Beistände zu zahlen wäre, nothwendig erfordert[46])? Manche

44) Ist kein Armen-Advocat öffentlich angestellt, so pflegt die Verbindlichkeit, des Armen Sache zu führen, unter den Landes- oder Gerichts-Advocaten und resp. Procuratoren zu wechseln, nach einem bisweilen regulirten Turnus, C. G. O. v. J. 1555. Thl. I. Tit. XIX. §. 5, und nur bewiesene *erhebliche* Gründe können Ablehnung rechtfertigen. Gönner, a. a. O. §. 5. Jenes Reichgesetz drohet Entziehung der Praxis, und man kann auch die L. 7. Cod. *de postulando*. 2. 6. auf dieses Verhältnis anwenden.

45) Auch der *Gerichtsdiener*.

46) Z. B. Sporteln an andere *fremde* requirirte Gerichte, Martin, §. 111., Reisekosten des Advocaten und der Zeugen, *deren* Zeit-Entschädigung, Belohnung zugezogener Sachverständigen für deren Gutachten, gefertigte Localzeichnungen u. s. w.

Manche[47]) halten das *Gericht* der ſtreithängigen Sache, oder vielmehr den *Gerichtsherrn*, auch zu dieſem *baaren Vorſchuſs* für verbindlich; und es läſst dieſes *inſofern* allerdings ſich vertheidigen, als der Gerichtsherr die Rechtspflege *als Quelle ſeines Einkommens* betrachtet, *in jener Eigenſchaft* fiscaliſche Rechte genieſst, und alſo die Vorſchrift für das peinliche Gericht [48]) analog ſich anwenden läſst [49]). Die das Armenrecht berührenden und ordnenden Geſetze §. a. not. 1. beſtimmen hierüber nichts, ſind vielmehr den Worten nach *nur dahin* gerichtet: „daſs der Richter dem Armen unentgeltlich Juſtiz leiſten, der Rechtsbeiſtand aber denſelben ohne Honorar vertheidigen ſoll [50]). GÖNNER [51]) iſt

 daher

[47]) LEYSER, l. c. ſp. 85. med. 5.

[48]) Conſt. Crim. Carol. Art. 47.

[49]) Denn wer den Nutzertrag der Anſtalt ziehet, mag auch ihren Aufwand tragen, und ſo compenſiren; *cum ſit natura conſonum, illos non recuſare onera, qui rerum commoda complectuntur.* Clem. 1. de cenſibus, exactionibus, rel. 3. 13. Cap. 55. in 6to de regulis juris 5. 12. Inſonderheit den Patrimonial-Gerichtsherrn ſollte das poſitive Geſetz obige Verbindlichkeit auch in Civilſachen auflegen.

[50]) a. a. O. Abh. XXIV. §. 3.

[51]) Der dem Reichs-Cammergericht eigene Armen-

daher der Meinung, die *Obrigkeit*, — das heiſst wohl *die Behörde*, welche für die Exiſtenz des Armen überhaupt zu ſorgen haben würde, — müſſe die zu dem Abtrag jener Ausgabe dienlichen Mittel ergreifen. Dieſes mag auch das letzte anwendbare Princip ſeyn, vorausgeſetzt, die Jurisdictions-Gerechtsſame wird nicht als Erwerbzweig beſeſſen und geübt. Doch iſt hierbei anzunehmen, daſs, ſo wie dem Richter, Advocaten und Anwalt, geſetzlich obliegt, Zeit und Arbeit dem Armen unentgeldlich zu ſpenden, eben dieſes auch in den allgemeinen Pflichten jedes *Staatsbürgers* ſich erfinden läſst, inſoweit nämlich deſſen Mithülfe zur Wirkſamkeit der Gerichte, und zu der Realiſirung deren, auf das öffentliche Wohl hingerichteten, allgemeinen Zwecks, mit einer *Minderung* deſſelben Privat-Vermögens nicht verbunden iſt, d. h. ihm kein *damnum emergens* durch das zugezogen wird, was er

menſäckel, und was aus dieſem den Armen und für dieſen in beſtimmten Fällen, z. B. den Gerichtsdienern baar gezahlt wurde, *Cam. Ger. Ord.* v. J. 1555. Thl. I. art. 53. Schultze, a. a. O. Cap. I. §. 6. u. 7., lag in der beſondern Organiſation jenes Gerichts, und begründet mithin keine Regel des gemeinen teutſchen Proceſſes. Gönner, a. a. O. Thl. I. Abh. II. §. 4.

er zum Behuf der Rechtspflege vollziehen ſoll, und ohne Gefahr ſeiner eigenen Lebensbedürfniſſe vollziehen *kann.* Der Zeuge, der Kunſtverſtändige u. ſ. w., muſs alſo wohl, eben ſo wie der Advocat, der Anwalt, und das Gericht ſelbſt, der armen Parthei das *creditiren*, was er für ſeinen Weg und das Verhör, für ſein Gutachten u. ſ. w., geſetzlich fordern könnte, und *nur der baare Verlag* dieſer und anderer Subjecte, benebſt den Ausgaben, welche *auswärtige* Beihülfe erheiſcht, laſſen ſich als Gegenſtand jener Frage [52]) anſehen.

§. h.

Welcher ſtreitende Theil die Rechtswohlthat des Armenrechts erwirken und benutzen will, muſs dieſes zu den Acten, um deſſelben Ertheilung den Richter bittend, ausdrücklich erklären [53]), und zunächſt *beſcheinigen.*

Zwei-

[52]) Mehrere Sächſ. Proceſsordnungen haben dieſe Frage entſchieden, und den Gerichten *auch den baaren Verlag* ſehr umfänglich zur Pflicht gemacht, ja auch die Zeugen zum *Verlag* ihres Zehrungs-Aufwandes verpflichtet. SCHWEITZER, in dem Lehrb. des Sächſ. Proc. §. 45. BIENER, in Syſt. proc. jud Lib. I. Cap. VI. §. 50.

[53]) Der Kläger vollziehet dieſes bisweilen in einem *Anhange* oder *Nebengeſuch* ſeiner Klage, bis-

Zweierlei erfordern hierzu die *teutschen* Process-Gesetze, nämlich: dass der angeblich Arme

1) „*seiner Armuth Urkund oder Anzeig bringe,*“ oder, wie an einem andern Ort gesagt wird, „*seiner Armuth und Vermögen ein Urkund von seiner Obrigkeit, oder andern glaubwürdigen Personen, bringe, oder aber zum wenigsten etlicher Masen Anzeig und Schein seiner Armuth darthue,*“ sodann aber

2) den

bisweilen durch eine besondere Imploration, schriftlich, oder zu Protocoll. Der Beklagte äussert jenes Gesuch oft in der Exceptions-Schrift, oder auch auf jene in Rücksicht auf den Kläger erwähnte Weise. Verfällt eine Partei erst in dem Laufe des Processes in Armuth, so kann sie auch jetzt noch auf Ertheilung des Armenrechts antragen. Ueberhaupt kann dessen Gesuch, wenigstens soviel die *zukünftigen Verhandlungen* des Processes betrifft, an eine bestimmte Stelle in dessen Gange nicht gebunden seyn. Schaumburg, l. c. §. 4. in fine. Sollte sich eine Partei im Laufe des Processes *aus Armuth* an einer Handlung *versäumen*, so wird sie, nach derselben Bescheinigung, in den vorigen Rechtsstand wieder eingesetzt. Berger, in Oec. jur. Lit. III. Tit. XV. not. 3. Wernher, in sel. obs. for. P. I. Obs. 226. Schaumburg, l. c. §. 2. not. *. Die Armuth ist einem entschuldbaren Hinderniss gleich.

2) den gewöhnlichen *Eid der Armuth leiste*[54])

In Rücksicht ad 1) bedient sich der Implorant, giebt das Landesgesetz keine besondere Vorschrift, gewöhnlich eines Attestats derjenigen Obrigkeit, unter welcher er seinen Wohnsitz hat, sey es ein Civilrichter, oder Stadtmagistrat u. s. w.; ja auch die Zeugnisse der Vorsteher seiner Dorfgemeinde sind nach *jenem* Gesetz für hinreichend zu achten. Denn dieses sagt ausdrücklich: „von seiner Obrigkeit, *oder andern glaubwürdigen Personen* [55]), und erlaubt sogar die Hinzeige auf andere Merkmale[56]) der Armuth.

Der

54) *Cam. Ger. Ord.* v. J. 1555. Thl. I. Art. XIX. §. 5. u. Art. XLI. §. 1. Von selbst verstehet sich dass dieser Eid die Einrede der zu bestellenden Unkosten-Unsicherheit ausschliesse oder unwirksam macht. Auch ist derselbe an sich von der *Cautio juratoria* verschieden, Biener, l. c. §. 49., welche manche Processordnungen an die Stelle des Armen-Eides setzen. Vergl. z. B. die Cellische Oberap. G. O. Thl. 2. Tit. 4. §. 5. Doch schliesset letzter jene juratorische Sicherheitsleistung zugleich in sich.

55) Ist der Implorant ein Unterthan des Gerichts der streithängigen Sache und desselben Armuth gerichtsnotorisch, so kann ein richterliches Seitenzeugnis erbeten werden.

56) Auch Zeugen sind also als Bescheinigungs-

Mit-

Der unter 2) erwähnte Eid hat eines Theils die Natur eines *Erfüllungs-Eides* [57]; weil die äuſsere Seite der Vermögensverhältniſſe auch die Obrigkeit täuſchen kann, und andern Theils bezweckt er die *Verhinderung einer Gefährde (juramentum calumniae)*, ſo wie das eidliche Verſprechen der künftigen Nachzahlung auf den Fall der Möglichkeit (*cautio juratoria* [58]). Nach dem Reichsgeſetz [59]) ſoll der *Armen-Eid* dahin verfaſst werden:

daſs

Mittel nicht ausgeſchloſſen; und es dürfte auch die unbeſchworne Auskunft eines von den Verhältniſſen des Imploranten unterrichteten unbeſcholtenen glaubhaften Mannes, mit andern äuſseren ſchlüſſigen Erſcheinungen vereiniget, *zu der Begründung des Armen-Eides* wohl hinreichen. Schaumburg, l. c. §. 6. not. *. Sächſ. Proceſs-Ordnungen laſſen eine Beſcheinigung durch Zeugen dann zu, wann der Arme gegen die Obrigkeit ſelbſt, die das Zeugnis ſeines Unvermögens ertheilen könnte, den Proceſs führen wolle. Schweitzer, a. a. O. §. 46.

57) Carpzov, in jurisprud. for. P. I. Conſt. 23. def. 14.

58) Eine *nur durch Zeugen* geführte Beſcheinigung iſt dieſemnach nicht *ausreichend*. A. M. iſt Grolman, in der Theorie des ger. Verf. §. 58. *b*.

59) *Cam. Ger. Ord.* v. J. 1555. Thl. I. Art. 68.

„dafs der Implorante alſo arm ſey, und nicht an liegender oder fahrender Haab noch Schulden[60]) *vermöge, daſs er die Canzley um nothdürftige Brief* [61]), *noch ſeinen Advocaten und Procurator bezahlen oder belohnen könne, daſs er — Implorant — auch darum ſein Habe oder Güther gefährlicher Weiſe nicht veräuſsert oder übergeben habe, auch, ſo er ſeine Sachen mit Recht*[62]) *erhalten, oder ſonſt zu beſſern Vermögen kommen werde*[63]), *alsdann jedem*[64]) *nach ſeiner Gebühr Bezahlung und Ausrichtung thun wolle, alles getreulich und ungefährlich.“*

Landesgeſetze haben die Formel oft erweitert, z. B. *„daſs er ſoviel, als von Zeit zu Zeit zur Verlegung der Gerichtsgebühren und zur Belohnung eines Advocaten erfordert wird, nicht*

60) d. h. Activ-Forderungen.

61) d. h. für die nöthigen Ausfertigungen, Decrete u. ſ. w. Die übrigen Gerichtskoſten ſind dadurch nicht ausgeſchloſſen.

62) d. h. den Proceſs gewinne; inſoferne nemlich der *Kläger* ſchwört.

63) Dieſes iſt auch auf den Beklagten anwendbar.

64) d. h. den Gerichtsperſonen, Advocaten, Anwalt u. ſ. w. Manche Landesgeſetze fügen hinzu: *oder Vergleich.*

nicht vermöge, *noch zu verdienen*, *oder aufzubringen wiſſe*" u. dergl. [65]), fordern auch wohl von dem Imploranten noch einen *beſondern* Gefährde-Eid [66]).

§. 1.

Aus dem Inhalt des Armen-Eides folgt von ſelbſt, daſs dem Armen, hat er ſeine Armuth beſcheiniget und beſchworen, die ohne das Armenrecht von ihm zu verlegen geweſenen gerichtlichen und auſsergerichtlichen Koſten blos *geſtundet* (*creditirt*) werden, und daſs mithin des Gerichtes und aller Intereſſenten *Nachforſchungsrecht* ſobald ſich *wirkſam* zeigen kann, als der vormals Arme im Laufe des Proceſſes, oder nach deſſen Beendigung, derſelbe habe den Proceſs gewonnen oder ver-

65) Schaumburg, l. c. §. 6. nota **. Haben Special-Geſetze eine Vermögens Summe beſtimmt, nach welcher die Armuth abzumeſſen ſey, ſo wird dieſe Summe in den Eid aufgenommen. Schaumburg, l. c.

66) So ſoll nach der Vorſchrift mehrerer Sächſ. Proceſs-Ordnungen der, welcher das Armenrecht für ſich ſelbſt ſucht, auch ein Zeugnis ſeines Vermögens beygebracht hat, vor Ableiſtung des Armen-Eides erſt einen Gefährde-Eid dahin ſchwö-

verlohren, *zahlfähig wird*[67]. Insonderheit tritt solches ein, wann er das verfolgte Object zugesprochen erhält, in welchem Fall selbst dieses erstrittene Object sofort von dem Gericht in Beschlag genommen, und, zahlt der Sieger auf eine andere Weise jene gestundeten Kosten nicht, zu deren Abtrag verwendet werden kann, würde auch hierdurch der ganze zuerkannte Gegenstand so aufgelösst, dass der Sieger hiervon gar nichts erhielte, oder jenes Object zur Tilgung der rückständigen Unkosten nicht einmal anreichte[68]. Eben

schwören: *dass er, eine gute und gerechte Sache zu haben, gewiss glaube, auch hierunter nichts aus Gefährde, oder böser Meinung, vorgenommen habe, noch in Zukunft, bey währendem Processe, dergleichen thun oder vornehmen wolle.*" Schweitzer, a. a. O. §. 46. Schaumburg, l. c. §. 5. not. ***.

67) Gönner, a. a. O. Thl. I. Abh. XXIV. §. 5. nr. 8.

68) In diesem Fall kann ein *Concurs* der Interessenten entstehen, die, der Regel nach, weil ihre Forderungen gleicher Natur sind, pro rata zu befriedigen sind. Nur der Fiscus, hätte solcher eine *Straf*-Forderung an diese *Armen-Masse*, würde den übrigen gestrengen Gläubigern nachstehen müssen. L. un. Cod. *poenis fiscalibus creditores praeferri.* 10. 7. M. s. a. Biener, in syst. proc.

Eben so, wann der Arme durch einen *Vergleich* mit seinem Gegner von diesem Etwas erhält[69]).

In Rücksicht auf diese bleibende Verbindlichkeit des Armen werden die ihn treffenden Unkosten in den Acten *aufgezeichnet* — *annotirt* — und daher nennt man das Armenrecht in manchen Gerichten das beneficium oder privilegium *annotationis*[70]).

Zugleich folgt hieraus, daſs der Richter so oft, als in dem *von* einem oder *gegen* einen geschwornen Armen geführten Rechts-

proc. jud. Lib. I. Cap. VI. §. 50. Daſs man dem Armen dasjenige, was er erstritte, zu seinem auf eine andere Weise nicht gedeckten Lebensbedarf lassen müsse, läſst sich eben so wenig behaupten; als er zu jenem Zweck die *gezahlten* Gebühren *zurückfordern* kann. Thibaut, a. a. O. §. 108. nr. 3.

69) Zur Verhütung heimlicher Hintergehung der Kosten - Gläubiger bezweckender, Vergleiche schreiben manche Sächs. Proceſsordnungen vor: „mit den geschwornen Armen solle dessen Gegner *nur gerichtlich* sich vergleichen können, und auf den Fall eines auſsergerichtlichen Vergleichs für die von dem Armen unbezahlt gebliebenen Unkosten *selbst haften*.“ Schweitzer, a. a. O. §. 47. Schaumburg, l. c. §. 7. not. *.

70) Grolman, a. a. O. §. 58. *b*.

ſtreit zu erkennen iſt, auch *über den Koſtenpunkt* eben ſo, wie in andern Proceſſen, abſprechen, und den Armen, wird dieſer als temere litigans befunden u. dergl., in die Unkoſten verurtheilen muſs[72]). Die Frage: *wann* und *wie* er dieſe zahlen könne und müſſe? beſtehet ganz für ſich. §. l.

§. k.

Ein Rechtsſtreit hat in der Regel auf den andern keinen Einfluſs[72]); und da nun die Umſtände deſſen, welcher in einer Sache den Armeneid leiſtete, in einem kurzen Zwiſchenraum ſich verändert haben können, ſo muſs, tritt jener Arme in einen *neuen* Proceſs, derſelbe auch hier das abermals von ihm in Anſpruch genommene Armenrecht um ſo mehr auch in Rückſicht auf *dieſen* Rechtsſtreit legal ſuchen und erwerben[73]), weil-

[71]) Hommel in Rhapſ. quaeſt. for. Obſ. 719. Auch folgt dieſes aus der reichsgeſetzlichen Vorſchrift in der *Cam. Ger. Ord.* v. J. 1555. Thl. I. Art. XLI. §. 3.

[72]) L. 12. Dig. de in litem *jurando.* 12. 2. u. d. Geſ. Abh. V. §. d. not. 25.

[73]) Durch *ſämmtliche* Inſtanzen *dieſes* Proceſſes, in wel-

weil der jetzige Gegner, möglicher Weise, Einreden dagegen vorbringen kann, die der Gegner in dem frühern Process entweder nicht kannte, oder nicht benutzen wollte. Es kann daher die Meinung[74]), dass das einmal erworbene Armenrecht auch in künftigen Processen wirksam werden könne[75])," eben so wenig für rechtlich erachtet werden[76]), als *die*, „dass, (*von speciellen Landesgesetzen abgesehen*) das *richterliche Ermessen* hierbei den Ausschlag gebe[77])."

Eben so wenig gehet das Armenrecht, als ein auf *ganz persönliche* Verhältnisse sich bezie-

welchem es erworben wurde, *dauert es fort.* Biener, in syst. proc. jud. L. 1. Cap. VI. §. 49. not. 9. Cramer, in obs. jur. un. T. I. obs. 289.

74) So wollte es auch das Concept der *Cam. Ger. Ord.* v. J. 1613. Thl. I. Tit. LV. §. 9. in Bezug auf den Visit. Abschied v. 1564. §. 33. Schultze l. c. §. 8.

75) Rivin, in enun. jur. Tit. I. en. 15. Wernher, in sel. obs. for. P. VI. obs. 258.

76) Biener, loc. cit. Landesgesetze haben es ausdrücklich als widerrechtlich anerkannt. Schaumburg, l. c. §. 2. not. ***. Schweitzer, a. a. O. § 47.

77) Gönner, a. a. O. §. 6. nr. 6.

ziehendes Privilegium, *activ*[78]) auf die Erben des geschwornen Armen fort; vielmehr müssen diese, wollen sie in dem von ihnen fortgesetzten Process Anspruch darauf machen, dasselbe besonders, unter der Bescheinigung und eidlichen Erhärtung *ihrer eignen* Armuth, von dem mit der privilegirten Person erlöschenden Recht ihres Erblassers ganz unabhängig erwerben [79]).

Auch ist hier nicht von einem *untheilbaren* Recht die Rede, und es können daher die Litisconsorten eines geschwornen Armen weder dessen Freiheit von dem Kostenverlag, noch die demselben der Armuth wegen zugetheilte Restitution für sich benutzen [80]). Ueber-

[78]) *Passiv* gehet es auf die Erben über. Arg. L. 27. Dig. soluto matr. 24. 3.

[79]) L. 12. et 13. Dig. eod. L. 25. Dig. de re judicata. 42. 1. L. 7. pr. Dig. de except. 44. 1. L. 196. Dig. de reg. jur. 50. 17. Schaumburg, l. c. §. 2. nota **. Der *zahlfähige Erbe* kann sogar, nach den allgemeinen Rechtsprincipien, Thibaut, in dem Syst. d. P. R. Thl. II. §. 721., insoferne ihn das benef. inventarii nicht sichert, auf Bezahlung der annotirten Processkosten seines *Erblassers* belangt werden. L. 25. Dig. de re judicata. 42. 1.

[80]) S. oben Note 53. Vergl. L. 29. §. 1. L. 47. §. 1. Dig.

berhaupt kann eine *andere* Perſon als die, welche ihre Armuth erwieſe, auf jenes Privilegium ſich nicht beziehen [81]).

§. I.

Das Armenrecht darf, als eine Rechtswohlthat, *nur dem* ertheilt werden, deſſen Sache nicht als offenbar *grundlos* oder *ungerecht* vorliegt. Trägt alſo die Klage des jenes beneficium ſuchendes Subjectes ein ſicheres Merkmal jener Art an ſich, oder ſind die von demſelben der eingeräumten Klage entgegen geſetzten Ausflüchte ihrem Inhalte nach *ſchon jetzt für liquid unerheblich* zu achten, ſo iſt

1, Dig. de minoribus XXV. annis. 4. 4. Rec. Viſ. d. a. 1568. §. 3. Schultz, l. c. §. 11. Gönner, a. a. O. §. 5. nr. 6.

81) L. 7. pr. Dig. de except. 44. 1. Ja es verſtehet ſich von ſelbſt, daſs im Fall der Arme *beerbt* wird, die zahlfähigen Erben zur Zahlung der ihrem *Erblaſſer* geſtundeten Unkoſten ſofort verbunden ſind. Es iſt eben ſoviel, *als wäre der Verſtorbene zahlfähig geworden*. Bleibt er *unbeerbt*, oder wird ſein Nachlaſs von den Erbberechtigten nur cum benef. inventarii angetreten, die rückſtändigen Proceſskoſten aus der Maſse gefordert, findet ſich eine ſolche, und ſind nicht bevorzugte Gläubiger vorhanden. Vergl. a. §. l. a. E.

ist des Imploranten Suchen, um die Ertheilung des Armenrechts sofort, unter Verwerfung seiner Klage oder Einrede, *abzuschlagen* [82]). Eben so, wann zum Behuf eines Rechtsmittels, z. B. Appellation, Revision u. dergl., das Armenrecht gesucht wird [83]). In dem Fall jedoch, wo der angeblich Arme gegen ein Erkenntnis des Unterrichters an den höhern Richter appellirt, und der Unterrichter die Ertheilung der Apostel, Einsendung der Acten u. dergl., unter dem Grund, „dass vorerst die rückständigen Processkosten abgetragen werden müssten," verweigern, der Appellant hingegen seine Armuth zum Zweck der Einführung und Rechtfertigung jener seiner Appellation bescheinigen und beschwören wollte, kann ihm solches der Unterrichter, will

[82]) Schaumburg, l. c. §. 5. not. ***.

[83]) Der Oberrichter *kann* daher auch, im Fall vor ihm das Armenrecht gesucht wird, zuvor dem Unterrichter informatorischen Bericht abfordern, so wie überhaupt, so oft jene Rechtswohlthat im Laufe des Processes gesucht wird, der Richter die Acten zu dem Zweck zu prüfen hat, ob des angeblichen Armen Sache einigen Schein Rechtens für sich habe. R. A. v. J. 1654. §. 105. *Conc. d. Cam. Ger. Ord.* v. J. 1613. Tit. LV. §. 2. u. d. f. Schultz, l. c. §. 6. u. 9.

will nicht ſolcher den Apellanten die Unkoſten ohne Armen-Eid einſtweilen ſtunden, keinesweges abſchlagen. Denn *darüber:* ob die Berufung von dem Oberrichter *anzunehmen* ſey, ob *Appellations-Proceſſe*[84]) zu erkennen ſind? kann *der* Richter, deſſen Erkenntnis von der Rechtskraft ſuſpendirt wurde [85]), nicht abſprechen, mithin inſoferne auch nicht *entſcheiden:* ob der Arme den Rechtsſtreit *muthwillig* oder *grundlos* verzögere. *Im Zweifel* aber *iſt das Armenrecht zu ertheilen.* [86]).

Sollte der Arme im Gange des Proceſſes entweder abſichtlich, oder aus grober Fahrläſſigkeit, Aufzüge, oder vergebliche Handlungen veranlaſſen, z. B. durch Ungehorſam, Verſäumniſſe u. ſ. w., ſo iſt er nicht nur in die Unkoſten dieſes Abſchnitts ſofort zu verurtheilen[87]), ſondern auch, nach ſeinen perſönlichen Verhältniſſen, am Körper, mit Gefäng-

[84]) Martin, §. 279.

[85]) Martin, §. 265. ff.

[86]) Dieſes folgt aus dem Geſetzgrund: „damit er durch die Armuth nicht *rechtlos* werde." *Cam Ger. Ord.* v. J. 1495. §. 23. v. J. 1555. Thl. I. Tit. XIX. §. 5.

[87]) *Cam. Ger. Ord.* v. J. 1555. Thl. I. Art. XLI. §. 3. R. Dep. Abſch. v. J. 1600. §. 8.

fängnis u. f. w., zu beſtrafen [88]). Die Gröſse dieſer Ahndung wird verſchieden ſeyn, je nachdem man ihm böſen Vorſatz, oder nur grobe Schuld, beimeſſen kann [89]). Beſitzt er einiges Vermögen (§. f.), ſo ſind aus dieſem auch *jene* und die *durch ſeine Beſtrafung* aufgelaufenen Unkoſten beizutreiben. Denn das mit dem Armenrecht verbundene *beneficium competentiae* kann er *nur inſoweit* für ſich anziehen, als er ſich deſſen *im Laufe der Rechtsverfolgung ſelbſt* nicht unwürdig macht [90]).

Wird

88) C. G. O. v. J. 1500. Tit. IX. u. v. J. 1555. a. a. O. Reichs-Abſchied v. J. 1654. §. 126.

89) Vid. die Reichgeſ. not. 87. u. 88. Es liegt ſolches auch in der Natur der Sache, in Rückſicht auf welche dem richterlichen Ermeſſen vieles überlaſſen bleiben muſste. R. A. v. J. 1654. §. 126. C. G. O. v. J. 1555. Thl. I. Tit. XLI. §. 3.

90) Arg. L. 22. §. 1. Dig. de re jud. 44. 1. coll. L. 84. in fine Dig. de jure dotium. 23. 3. et L. 63. §. 7. Dig. pro ſocio. 17. 2. Frühere Verſchuldung der Armuth iſt kein Hinderniſs, das Armenrecht im Anſpruch zu nehmen. S. oben §. f. a. E. dem ſtehet auch gleich, wenn eine Parthei *während der Anhängigkeit* des Rechtsſtreiten ihr Vermögen durch eigene Schuld verliehrt, jedoch ohne böſen Willen oder grobe Schuld *in der Proceſsführung ſelbſt.*

Wird der Arme in der Hauptſache *ſo* überwunden, daſs er als *temere litigans* erſcheint, ſo muſs er nicht nur ausdrücklich in die Unkoſten verurtheilt [91]), ſondern es können auch dieſe aus dem Vermögen, welches er etwan als eigen beſitzt, und als Gegen-

[91]) Vid. die Geſetze in der Note 87. u. 88. Hommel l. c. Obſ. 719. Leyser, l. c. ſpec. 88. med. 11. Der von Gönner, a. a. O. §. 5. nr. 7. aufgeſtellte Unterſchied kann hierbei nicht zur Richtſchnur dienen, da auch in Rückſicht auf den Armen bei der Frage: *ob dieſer in die Proceſskoſten zu verurtheilen ſey*? nur die *allgemeinen* Principien dieſer Lehre zur Anwendung kommen können. Fällt auch deſſelben Rechtsbeiſtand eine temeritas zur Laſt, ſo wird *auch dieſer* beſtraft. Reichs-Abſch. v. J. 1654. §. 126. Sollte aber letzterer die Schuld *allein* haben, und der Fall jener den Armen gebührenden Reſtitution nicht vorliegen, C. C. O. v. J. 1613. Thl. III. Tit. L. §. 2. Martin, §. 80. ſo wird die Nichtſchuld des Armen wohl höchſt ſelten aus den Acten zu entnehmen ſein, ſondern erſt eines beſondern Vorbringens und Nachweiſens von Seiten des zu verurtheilenden Armen bedürfen. Liegen nun die allgemeinen Bedingungen der Temerität in den Acten vor, ſo ſpricht der Richter dieſen gemäs gegen die *Hauptperſon* — den beſiegten Armen — und muſs erwarten, ob dieſer eine rechtsbegründete Beſchwerde in rechtlicher Form vorzubringen und auszuführen vermöge.

genſtand der Execution veräuſsert werden kann, *ſofort* nach einer ihm geſetzten Zahlfriſt, beigetrieben werden; weil nunmehr zugleich entſchieden iſt, *daſs er auf das Armenrecht keinen rechtlichen Anſpruch hatte* ſondern es vielmehr *miſsbrauchte*, und weil der Regel nach, wo das *gebührende* beneficium competentiae nicht entgegen tritt, jeder Schuldner ſeine Verbindlichkeit *ganz* erfüllen muſs, würde er auch hierdurch in die Claſſe der *Bettler* verſetzt [92]). Ueber dieſes iſt die chicaneuſe, oder wenigſtens leichtfertige, muthwillige, Partei, welche das Armenrecht ſich ertheilen lieſse, mit einer *öffentlichen Strafe* zu belegen, auf deren Art und Gröſse es Einfluſs hat, ob der Beſiegte *bösvorſätzlich*, oder nur aus *grober Schuld*, in den Proceſs eingegangen iſt, und ob er es vermag, die ihm zuerkannten Unkoſten zu bezahlen, oder nicht [93]). Im Falle des Unver-

[92]) Usque ad *peram et ſacculum* — ad *ultimum obulum* — ad *ultimum quadrantem*. LAUTERBACH, in diſſ. de beneficio competentiae, §. 6. THIBAUT, in dem Syſtem des Pandecten-Rechts. Thl. I. §. 106. u. d. f.

[93]) M. ſ. d. Geſetze in der Note 87. und 88. Um aber den Armen zu beſtrafen, in die Unkoſten zu verurtheilen und dieſe von ihm ſofort, oder in der Folge beizutreiben, erfordern die Geſetze aus-

vermögens kann er, wie auch manche Landesgesetze ausdrücklich vorschreiben, neben der zu erleidenden schärfern Strafe angehalten werden, die gewirkte Kostenschuld *durch persönliche Arbeiten zu tilgen*[94]).

Findet hingegen der Richter hinlänglichen Grund, die Processkosten zwischen beiden streitenden Theilen zu compensiren[95]) so ist hierdurch zugleich des Armen processualisches Streben insoweit gerechtfertiget, dass er weder seiner erworbenen Rechtswohlthat, der Competenz, für verlustig erachtet, noch seines Unternehmens wegen bestraft werden darf. Immer aber bleibt dem Gericht und allen Subjecten, z. B. seinem Advocaten u. s. w., welche für ihn in jenem Rechtsstreit thätig waren, und hierfür eine Belohnung

ausdrücklich: *Muthwillen*, *Temerität*, *culpam latam;* wobei sich von selbst verstehet, dass der dolus, als noch schlechter, mit inbegriffen ist. Jenes entspricht auch den Römischen Gesetzen, insofern diese verordnen: durch die dem *dolo* und der *culpa lata* gegenüber stehende *culpa in specie*, solle das beneficium competentiae nicht verwirkt werden. L. 63. §. 7. Dig. pro socio. 17. 2.

94) Biener, l. c. §. 50.

95) Auch hier sind blos die *allgemeinen* Principien die Richtschnur. S. unten §. r. 1. f.

nung fordern können, das Recht gesichert, diese von ihm *sobald* zu fordern und einzuklagen, als er zu einem seine Competenz übersteigenden Vermögen gelangt. Auch dann jedoch kann *er selbst* [96]) nur *in id, quod facere potest, ne egeat* [97]), verurtheilt werden, da jenes sein beneficium competentiae im Verhältnis zu *diesen* Gläubigern *auf Lebens lang* und auf *die Dauer seiner Armuth im obigen* Sinn von ihm erworben wurde. Im Fall jedoch *andere Gläubiger* jenes *Competenz-Vermögens* des Armen in Anspruch nehmen, und dasselbe zu ihrer Befriedigung verwendet werden soll, so kann den erstern, jenem Gericht, Advocaten u. s. w, der Concurs eben so wenig versagt werden, als die übrigen Creditoren aus dem ganz persönlichen Recht des Schuldners eine Einrede abzuleiten vermögen [98]). Dieser selbst aber kann *da* auf seine Competenz sich nicht mehr berufen, wo deren Quelle auf jedem Fall versiegen wird. *Tua non interest!* kann das die annotirten Gebühren nachfor-

[96]) Vergl. die Note 81.

[97]) L. 173. pr. Dig. de regulis juris.

[98]) L. 7. Dig. de except. 44. 1.

fordernde Gericht u. ſ. w. mit Recht erwiedern [99]).

§. 111.

Vorchuſs der Proceſskoſten von dem Gegner, oder von einem Dritten.

Durchaus irrig iſt die von manchen Rechtsgelehrten aufgeſtellte Meinung: „die *Armuth* des einen ſtreitenden Theils verpflichte deſſen *Gegner*, demſelben die Proceſskoſten vorzuſchieſsen [100]), und es widerlegt ſich dieſe ſonderbare Behauptung ſchon dadurch vollkommen, daſs ja der klare Sinn der Geſetze *dahin* gerichtet iſt, demjenigen, wel-

[99]) Anders dürfte in dem Falle zu entſcheiden ſeyn, wann das Gericht u. ſ. w. *allen übrigen Gläubigern vorgienge.* Dabelow, in dem Entw. der Lehre v. Concurs der Gläubiger. Cap. VII. pag. 172. Ja man muſs wohl den Satz aufſtellen: was dem *Gericht u. ſ. w.* aus jener *Maſſe des Competenz-Vermögens* in dem Concurs mit anderen Gläubigern zugeſprochen wird, das muſs dem armen Schuldner *gelaſſen werden*, *inſofern derjenige Proceſs* auch nach dem Concursproceſs fortdauern und von ihm, dem Cridar ſelbſt fortgeſetzt werden *könnte*, für welchen jener das Armenrecht erworben hat.

[100]) Krause, in proc. jud. lib. I. Cap. II. §. 4.

welcher ſeine Armuth beſcheiniget und beſchworen habe, ſolle weder das Gericht, noch der ihm beigegebene Rechtsbeiſtand, vor der Hand Gebühren *anfordern*," ohne daſs hierbei auch nur die geringſte Spur einer *Vorſchuſs*-Zwangspflicht des Gegners ſich erfinden lieſse. Es ſollen vielmehr jene Gebühren *noch zur Zeit*, bis zu beſſern Vermögens-Umſtänden des Armen, *unbezahlt bleiben* — die Juſtiz ſoll ihm auf dieſe bedingte Weiſe *unentgeltlich* geleiſtet werden. Auch erklären ſich die Geſetze klar und deutlich *gegen* jene *exorbitante* Verbindlichkeit des Gegners [101].

Weil jedoch einige Geſetze einzelne Beiſpiele jener Verbindlichkeit zu enthalten ſcheinen [102], ſo bemüht man ſich, aus jenen allgemeine Regeln zu abſtrahiren. Gönner [103]) formt dieſe dahin:

1) wann

101) „Cum hoc ipſum quaeratur, *an* aliquid tibi a tutoribus vel curatoribus debeatur, *non habet rationem* poſtulatio tua, volentis in ſumtum litis ab his tibi pecuniam ſubminiſtrari." L. 17. Dig. *de tutelae et ration. diſtrah. rel.* 27. 3.

102) L. 27. §. 3. Dig. de inofficioſo teſtamento. 5. 2. L. 7. Cod. de ordine cognitionum. 7. 19. Cap. 11. de accuſationibus 5. 1.

103) In dem Handbuch des teutſchen Proceſſes. Thl. I. Abh. XXIV. §. 4.

1) wann *wenigstens ein Theil* der Forderung des Armen an seinen Gegner *liquid*, oder dieser

2) jenem *Alimente* zu reichen verbindlich sey.

§. n.

Die *erste* dieser Regeln (§. m. a. E.) ist, wo nicht in klaren Gesetzen, doch in der Vernunft, *insoweit* gegründet, als man die Bedingung anfügt, dass a) der Gegner kein *grösseres* Quantum, als der *liquide Forderungstheil* der armen klagenden Partei beträgt, vorzuschiessen brauche, und dass b) derselbe, auf den Fall eines Sieges über den Armen, auch wegen der ihm zu erstattenden Unkosten gedeckt bleibe [104]). Von einer *solchen* Lage abgesehen stehet jene Verbindlichkeit mit dem allgemeinen Princip: „dass man nicht verbindlich ist, des Gegners Processführung auf eigene Gefahr zu erleichtern," [105]) im Widerspruch.

Aus

104) Wenn z. B. der Beklagte dem Kläger die Herausgabe der verlangten *ganzen* Erbschaft verweigert, ihn jedoch als Miterben auf die Hälfte anerkennt u. dergl.

105) L. all. 17. not. 102. coll. L. 4. Cod. de edendo. 2. 1. L. 7. Cod. de testibus. 4. 20.

Aus den in der Note 102 angezogenen Geſetzen jenen Satz (§. m. nr. 1.) rechtfertigen zu wollen, iſt jedoch ein vergebliches Unternehmen. Denn

A) die *L.* 27. §. 3. *Dig.* 5. 2. enthält den ſpeciellen Fall, wo ein Erblaſſer deſſen Sohn[106]) als einzigen Erben in einem Teſtament einſetzt, in eben dieſem aber einen unmündigen Enkel, den Sohn eines zweiten verſtorbenen Sohnes enterbt. Der Enterbte erhebt querelam inofficioſi teſtamenti[107]) gegen ſeines Vaters Bruder, und es wird das reſp. väterliche und groſsväterliche Teſtament durch des Richters Erkenntnis in der erſten Inſtanz reſcindirt, mithin dem klagenden Enkel die geforderte Erbportion zugeſprochen. Hiergegen appellirt der beſiegte Oheim. Von dieſem Fall ſpricht nun Ulpian: *placuit, interim propter inopiam pupilli alimenta pro modo facultatum, quae per inofficioſi teſtamenti accuſationem pro parte ei vindicabantur, decerni eaque*

106) Die Worte: „*vel alium ſcriptum heredem*" ſcheinen ein Emblem des Tribonians zu ſeyn. A. Faber, Ration. in Pand. T. II. ad leg. cit. 27. de inoff. teſtam. not. a.

107) Nach deren ältern Begriff. Thibaut in d. Syſt. des Pandekten-Rechts. Thl. II. §. 815.

que adverſarium ei ſubminiſtrare neceſſe habere usque ad finem litis.

Eines Theils iſt nun hier der *Proceſskoſten* mit keinem Worte erwähnt, vielmehr folgt *daraus*, daſs unterdeſſen nur die *auſſergerichtliche Lebensnothdurft* des *Pupillen* geſichert werden ſoll, die Rechtswidrigkeit einer *Ausdehnung* auf jene Proceſskoſten eben ſo gewiſs, als wenig ſolche zu den *Alimenten* gehören [108]. Andern Theils finden wir in dem Geſetz einen *geſetzlichen*, in dem Zuſtand der Unmündigkeit und Armuth von ſeinem Grosvater exheredirten, Erben durch ein *Proviſorium* in einer Lage begünſtiget, wo ein richterlicher Ausſpruch *ihn als Erben jenes ſeines Ascendenten bereits anerkannt hatte.* So wie man nun wohl letzteres als eine für ihn ſtreitende Vermuthung anſahe, ſo findet man die römiſchen Geſetze überhaupt geneigt, dem geſetzlichen unmündigen Erben während eines Rechtsſtreits über ſein Erbrecht proviſoriſch den Lebensunterhalt zu ſichern [109]. Ein groſser Sprung aber iſt von

[108] Hiervon weiter unten §. 0.

[109] L. 1. §. 5. Dig. *de Carboniano edicto.* 27. 10. L. 1. §. 2. Dig. *de ventre in poſſ. mittendo.* 37. 9.

Der

von den, in den Rechten *überhaupt begünstigten*, *Alimenten* bis zu den *Proceſskoſten-Vorſchuſs*, beſonders da, wo dieſer dem *angegriffenen* Theil aufgelaſtet werden ſoll.

B) In der L. all. 7. *Cod.* 7. 19. ſehen wir einen Menſchen, der zwar in dem Beſitz der Freiheit ſich befindet, jedoch von einem angeblichen Herrn als deſſen *Sclave* gerichtlich in Anſpruch genommen wird. — Dieſem iſt von jenem vorgeblichen Dominus im Laufe des Rechtsſtreites über den Freiheits - Zuſtand *bewieſsener Maſen* 110) Et-

Der *Exheredirte* hatte zwar keinen Anſpruch auf die Carbonianiſche bonorum poſſeſſio, und konnte, inſoferne er quer. inoff. teſt. anſtellte, nicht einmal Alimente aus der Erbmaſſe fordern, L. cit. 1. §. 8. Dig. 37. 10. L. all. 1. §. 2. 37. 9. L. 20. Dig. de inoff. teſt. 5. 2.; allein davon lieſse ſich doch wohl rechtsbillig eine Ausnahme machen, wann das Teſtament nach vorgängigem proceſſualiſchen Verfahren von dem Richter als pflichtwidrig befunden wurde, nun aber der heres ſcriptus den Proceſs durh ein eingelegtes Rechtsmittel verlängerte. In Rückſicht hierauf *beſchränkte* man die Suspenſivkraft jener Appellation, wie dieſes auch in andern, beſondern *alimente* betreffenden, Fällen einer weiſen Geſetzgebung entſprechen kann.

110) „Quae *conſtiterit* ablata."

Etwas entrissen worden — die *Restitution* stehet in Frage, und das Gesetz verordnet nun: „könne der als Sclave in Anspruch genommene Spoliate Caution dahin stellen, *salvam rem futuram*, so solle diese Sache *ihm* von seinem Gegner *zurückgegeben werden* — vermöge er es aber nicht, jene Sicherheit zu leisten, so solle man jene Sache [111]) bis zu der Entscheidung des Rechtsstreites *gerichtlich sequestriren* [112]), jedoch ihm, qui ad servitutem vocatur, *aus jener entrissenen Sache*, auf den Fall der Armuth zu dem Aufwand auf die Fortführung des Processes und als Alimente so viel reichen, als das richterliche Ermessen bestimmen würde [113]).“

Hier also ist kein Wort *davon* erfindlich, dass *der Gegner seinem Gegner* die Processkosten *vorschiessen* solle. Die von dem Kläger dem Beklagten entrissene, spoliativisch abgenommene, *Sache* soll erster heraus-

111) „*Ea, de quibus in judicio tractabitur.*“ L. all. 7.

112) Conf. L. 3. Cod. *de adsert. toll.* 7. 17.

113) *Ita ut ex iisdem, si aliqua alia facultas esse non poterit, tantum litis sumtus et alimoniae homini subministretur, quantum judicis arbitrio fuerit aestimatum.* L. all. 7. *Cod.* 7. 19.

ausgeben; weil aber des letztern *Freiheitszustand* streithängig ist, so soll jene Sache, stelle der resp. Beklagte und Implorant keine Sicherheit, der gerichtlichen Obhut überlassen und *von Seiten des Gerichts* verwaltet werden. Gar nicht aus dem Vermögen jenes angeblichen Domini erhält also der Gegner Processkosten-Vorschuss und Alimente, sondern aus einer Sache, die, vermöge der mit dem Besitz verbundenen Rechtsvermuthung, *ihm*, dem Spoliaten, *selbst zugehört*, und die er sofort restituirt erhalten müsste, hätte sich das Spolium früher ereignet, und wäre eher darüber erkannt worden, als seine Freiheit und Rechtsfähigkeit das Object eines Processes wurde [114]).

Sonderbar, dass so viele Rechtsgelehrte auf ein für den Processkosten-Vorschuss so *ganz unfruchtbares* Gesetz sich beziehen, ja dieses *für das deutlichste* ausgeben, welches in dem Römischen Gesetzbuch in Bezug auf diese Lehre vorgefunden werde!

C) Von einem fast eben so geringen und wenigstens sehr beschränkten Gehalt ist Cap. all. 11. X. *de accusationibus*. 5. 1., insofern

[114]) L. all. 7. Verb.: „*Cum autem necdum*" rel.

fern hier nur verordnet wird: im Fall den Mönchen eines Klofters *geftattet* werde [115]), den ihnen vorgefetzten Abt anzuklagen, fo follten, hätten diefelben kein eigenes Vermögen, die erfoderlichen Procefskoften aus den Einkünften *des Klofters* [116]) hergefchoffen werden."

Es gehört aber das Vermögen des Klofters fo wenig *dem Abt* ausfchliefslich zu, als den Mönchen, und es ift alfo *nicht der beklagte* Abt, welcher jenen Aufwand herfchiefsen mufs — fondern die Quelle diefer Unterftützung ift höchftens als ein *gemeinfchaftliches* Vermögen, als Vermögen der moralifchen Perfon, anzufehen. Auch liegt dem Gefetz das befondere Verhältnifs zum Grund, dafs der Hierarchie daran gelegen feyn mufste, den Abt durch die Mönche feines Klofters bewachen zu laffen, und dafs alfo der Pabft den letztern die Mittel zu einer Anklage bei dem Bifchoff nicht abfchneiden wollte, welche gewifs eher eine *kirchliche* oder *klöfterliche* Sache, als *Privat-Rechtsverhältniffe* der Mönche, zum Gegenftand hatte.

§. o.

115) „*Nifi alia rationabilis caufa impediat*" Cap. all.

116) „*de rebus monafterii.*"

§. o.

Das *zweite* von Gönnern mit andern Rechtsgelehrten aufgestellte vermeintliche Hauptprincip (§. m. nr. 2.) ist *deshalb* schlechthin falsch und unrichtig, weil die Processkosten kein Theil der gesetzlichen *Alimente*[117]) sind. Auch nicht die schwächste Spur hiervon findet man in den Gesetzen, sondern es sagen diese nur soviel: *Verbo victus continentur, quae esui potuique, cultuique corporis, quaeve ad vivendum homini necessaria sunt. Vestem quoque victus habere vicem, Labeo ait. Et caetera, quibus tuendi curandive corporis nostri gratia utimur, ea appel-*

117) Von *Vertragsmäſsigen* Alimenten kann hier die Rede nicht seyn, und weniger von solchen, die als ein *Legat* zu reichen sind. Denn dort entscheiden die Worte des Vertrags, welchen auf die nicht ausdrücklich genannten Processkosten auszudehnen, die ersten Auslegungs-Regeln, L. 38. §. 18. L. 99. 11. Dig. *de verb. oblig.* 45. 1. L. 47. Dig. *de oblig. et act.* 44. 7. L. 26. Dig. *de rebus dubiis.* 34. 5., beleidigen und klaren Gesetzen, L. 8. §. 12. Dig. *de transact.* 2. 15., entgegen laufen würde. Die *alimenta legata* aber begreifen im Zweifel nicht einmal in sich den Erziehungs- und Beerdigungs-Aufwand. L. 6. et 7. *de alimentis vel cib. legatis.* Dig. 34. 1.

pellatione significantur[118]). Wie man unter diesen Begriff, oder in diese Beschreibung, die Kosten eines Civil-Processes zwängen mag, läſst sich nicht absehen. Will der Alende durch jenen Rechtsstreit etwas *erwerben*, so liegt es doch wohl nicht in der *Pflicht* eines *Ernährers*, ihm *dortzu* auf eigene Kosten behülflich zu seyn? Ist hingegen erster der angegriffene Theil, so bleibt doch *die* Verbindlichkeit, jemanden *Lebensunterhalt* zu reichen, noch *weit verschieden* von der Obliegenheit einer *Vertheidigung* vor Gericht. Eine Zwangspflicht hierzu ist allerdings *denkbar*; jedoch wird solche von den Gesetzen nirgends *als ein Bestandtheil der Alimentations-Pflicht* dargestellt, sondern sie bestehet, *unabhängig von jener*, für sich selbst.

Daraus folgt nun auch zugleich, daſs eben so wenig ein Dritter verbunden seyn kann, aus *dem* Grund, weil er für den Lebensunterhalt eines vor Gericht streitenden Theils zu sorgen hat, diesem Alenden auch die zu jener Proceſsführung erforderlichen Ausgaben zu spenden, und daſs vielmehr, wo dieses der Fall ist, sowohl in dem Verhältniſs

118) L. 43. 44. 45. u. 234. §. 2. Dig. *de verborum significat.* 50. 17

nifs zu dem Gegner, als in Rückficht auf ein drittes Subject, ein *anderer* Verbindlichkeits-Grund, als derjenige der *Alimentations-*Pflicht, vorhanden feyn mufs.

§. p.

Da uns nun fpecielle Gefetze hierunter durchaus verlaffen, fo kann von der Regel: „keine Privatperfon ift pflichtig dem procefsführenden Armen die Koften *vorzufchiefsen*," nur dann eine *Ausnahme* eintreten, und zwar

I) in Rückficht auf den Gegner,

1) wann es in den Acten als ausgemittelt vorliegt, dafs diefer Gegner (der Beklagte) einen Theil des *Streitobjectes* dem mit ihm Procefs führenden *Armen* zu leiften habe [119]) —

2) wann

[119]) Gönner, a. a. O. Leyser, in Med. ad Pand. fpec. 84. med. 11. caf. 1. Es ift nicht nothwendig, hierbey eine Quantität, eine Geldfumme, vorauszufetzen, fondern es mufs hinreichen, wenn der Beklagte dem Kläger irgend ein Object herauszugeben fchuldig ift, welches auf den Fall einer Erftattung jenes Vorfchuffes *hinlängliche Sicherheit* mittelft des Retentions-Recht zu gewähren vermag; z. B. bey der actio familiae erciscundae, de communi dividundo u. dergl., wo der Bekl. des Klägers *Qualität* eines *Miterben* oder *Miteigenthümers*, *zugeftehet* u. f. w.

2) wann jener Gegner das ſämmtliche, einſt *zu reſtituirende*, Vermögen des jetzt mittelloſen Imploranten im Gefolge einer beſondern Qualität [120]) nieſsbräuchlich, oder als deſſelben Verwalter [121]), im Beſitz hat —

3) wann beide ſtreitende Theile in einer *Güthergemeinſchaft* leben, der eine deren Directorium führt, der andere aber von andern Mitteln zu der Proceſsführung entblöſst iſt [122]) —

4) wann

120) Auch aus *dieſem* Grunde kann es rechtlich ſeyn, daſs der mit ſeinem Weibe in einem Eheſcheidungs- oder andern Proceſs begriffene *Eheman* derſelben die Unkoſten aus der dos, oder aus anderm Vermögen ſeines Weibes, welches er im Beſitz hat, vorſchieſſen muſs. Das illiquide, noch ſtreitige, Vorgeben: „die Frau habe ſich durch *Ehebruch* der dos verluſtig gemacht,“ kann ihn von jener Verbindlichkeit nicht befreien. Vergl. Note 123.

121) *Inſoferne* iſt es denkbar, daſs, ohne in einen Widerſpruch mit der L. 17. Dig. *de tutel. et rat. diſtrah.* 27. 3. zu gerathen, ein Vormund angehalten werden könne, für den gegen ihn Proceſs führenden Curanden die Unkoſten auf Rechnung herzuſchieſsen. Biener, l. c. §. 50. not. 8. in fine.

122) Arg. Cap. 11. X. *de accuſation.* 5. 1. Unter die

4) wann der zur Kostenbestreitung aufgeforderte Gegner nach Vorschrift der Gesetze zwangspflichtig ist, die Person und das Vermögen des mit ihm im Streit befangenen Armen *gerichtlich und aussergerichtlich zu vertheidigen.* [123]) —

II) in

dieses Princip läſst sich auch das von Leyser a. a. O. medit. 11. in Bezug auf Mornac angeführte Beyspiel stellen, so wie die Frage: ob, wann eine Gemeinde, als solche, mit ihren Gemeinde-Vorstehern, z. B. dem Stadtrath, in Process befangen ist, die Unkosten aus dem Gemeinde-Aerario zu bestreiten sind?

123) Dieser *Schützlinge* giebt es wohl *nur zwey*; 1) das *Hauskind* und 2) das *Eheweib*. Dort entspricht der väterlichen Gewalt auch die väterliche *Schutzpflicht*, und in Ansehung des Eheweibes zeigt ein Gesetz nicht undeutlich hin auf gleiche Verbindlichkeit ihres Eheherrn. L. 2. Dig. *de iniuriis.* 47. 10. Haben diese Schützlinge eigenes Vermögen und dieses befindet sich *in dem Besitz ihres Schutzherrn*, so ist zunächst das Prinzip unter I. 2. oder 3. anzuwenden, Denn da sogar die Pflicht zu der *Alimentation* nur *subsidiarisch* ist, Thibaut, a. a. O. §. 350. Wernher, in sel. obs. for. P. I. P. V. obs. 73. et T. III. T. II. obs. 282. ibi leg., so muss es noch mehr *die* Verbindlichkeit seyn, *aus eigenen Mitteln* die Kosten der *Processführung* eines Alenden zu tragen. Muss jedoch die *Schutzpflicht* durch

II) in Rückſicht auf einen *Dritten*, welcher *nicht der Gegner* der im Proceſs beſangenen armen Partei iſt, *nur dann*, wann dieſer *dritte* in dem unter I. 4.) erwähnten Zwangspflicht - Verhältnis zu dem Litigator ſtehet [124]).

In

durch den *Aufwand des Mittel zur Erfüllung* dieſer geſetzlichen Obliegenheit thätig werden, das Kind oder die Ehefrau aber erwirbt durch den Proceſs, oder auch nachher, *eigenes* Vermögen, ſo iſt dem Vater und Ehemann die Rückforderung des Verlags nicht abzuſprechen, indem *dieſer die Natur der Alimente nicht hat.* Selbſt die von vielen behauptete Zwangspflicht, wenigſtens die Atzungs- und Vertheidigungs-Koſten für einen Alenden oder Schützling geradezu aus eigenen Mitteln zu beſtreiten, beruhet keinesweges auf einer *klaren Geſetzvorſchrift.* Böhmer, in Medit. ad CC. C. art. 153. §. 6. Emmrich, über die Proceſskoſten, u. ſ. w. Thl. II. §. 8. pag. 64. und §. 28. pag. 206. u. d. f.

124) Denn *ermangelt die Schutzpflicht*, ſo erſcheint jener *Dritte*, hätte er auch das Vermögen eines ſtreitenden Theils im Beſitz, nur als *Gläubiger*, den man zwar auf Zahlung deſſen, was er ſchuldig iſt, keineswegs aber auf Verlag der Koſten eines ihn nicht berührenden Rechtsſtreits, belangen kann; er wäre denn aus einem andern *beſondern Grund* verpflichtet, dieſes beſtimmte Geſchäft für den Imploranten zu vollziehen. Z. B. der adminiſtrirende Vormund.

In Hinſicht auf die Fälle unter I. 1. 2. und 3. iſt aber noch als *allgemeine Bedingung* vorauszuſetzen, „daſs der dem Gegner die Proceſskoſten vorſchieſsen ſollende Theil durch dieſen Vorſchuſs nicht in die Gefahr eines *eigenen* Einbuſses verſetzt werde“ [125]), ſo wie in Betracht der Verhältniſſe unter I. 4. und II, „daſs der zur Präſtation der Vertheidigungs-Mittel Verbundene *dieſe zu leiſten vermöge*, ohne *ſeine eigene Competenz* beeinträchtiget zu

[125]) Auch hier iſt zu wiederholen, daſs von der Pflicht, *Alimente* zu reichen, auf die Verbindlichkeit, *Proceſskoſten vorzuſchieſsen*, ſich durchaus nicht ſchlieſsen läſst. Eben ſo verkehrt aber iſt es, daraus, daſs jemand aus einem der unter §. 1. 2. und 3. unterſtellten Gründe angehalten werden kann, dem Gegner Proceſskoſten vorzuſchieſsen, zu folgern: *mithin müſſe er dieſem Gegner auch Alimente während der Dauer des Proceſses reichen.* Iſt die Quelle, aus welcher letztere vorgeſchoſſen werden ſollen, ſo reichlich, ſo ſicher, daſs jene und dieſe ohne Gefahr für den Zahlenden geleiſtet werden können, wohl! ſo iſt das Geſuch auf beide begründet; auſserdem aber für jene oder dieſe nur *in tantum* d. h. *ſoweit* dasjenige zureicht, was dem Armen von dem Object des Proceſſes wenigſtens präſumtiv zugeſprochen wird. Laxere Principien berechtigen zu einer gerichtlichen Plünderung des Gegners.

zu finden" [126]). Auch kann man *hier* so schliessen: wer des Rechtes, bürgerliche Alimente von jenem Gegner oder Dritten zu fordern, sich unwürdig gemacht hat, ist um so weniger befugt, von demselben *aus dem Grund der Vertheidigungs-Pflicht* den Vorschuss der Processkosten, oder deren Bestreitung aus *eigenen Mitteln*, zu verlangen [127]).

§. q.

Allgemeine Grundsätze von der Erstattung und Compensation der Unkosten.

Klar und deutlich sprechen sowohl die

126) Denn selbst einer stärker begründeten Forderung würde die Einrede *eigener Competenz* entgegen treten. L. 16. in fine et L. 20. Dig. *de re judicata*. 42. 1. L. 7. §. 1. coll. L. 5. pr. Dig. *de obsequiis parent. praest.* 37. 15. L. 35. Dig. *de negotiis gestis*. 3. 5.

127) Arg. L. 5. §. 11. Dig. *de agnoscendis vel alendis liberis* 25. 3. Auch kann man die exorbitante Pflicht des Schutzherrn wohl für aufgelösst achten, wann des Schützlings den Rechtsstreit veranlassendes Betragen *nach den vorliegenden Acten sich nicht rechtfertigen lässt*. Z. B. das Eheweib sondert sich willkührlich, um gegen ihren Ehemann einen Process zu erheben u. dergl. Nur können blose Verdachts-Gründe jene Wirkung nicht haben. Thibaut, a. a. O. Thl. I. §. 454. Vergl. a. Note 121.

vaterländischen *) als die fremden zur subsidiarischen Hülfe aufgenommenen, Gesetze das allgemeine, *herrschende* [128]), Princip aus: *welche Partei in dem gerichtlichen Rechtsstreit besiegt wird, die ist verbindlich, dem siegenden*

*) Von dem Sinn der Sächsischen Processordnungen insonderheit, s. *Schweitzer*, in dem *Archiv* für die civilist. Praxis. B. 1. Abl. 4. pag. 65. ff.

128) Wer *daran* mit Hennemann und Emmrich zweifelt, wer diese *Regel*, zur *Ausnahme* herabdrängt, der wird die selbst beklagte und ritterlich bekämpfte Vagheit der Praxis mehr begünstigen, als erheblich mindern. Der als *Regel* substitutirte Grundsatz: „*nur der Calumniator und leichtsinnige Processführer ist ausschliesslich in die Unkosten zu verurtheilen,*“ *ist blos ein allgemeines Princip der Ausnahmen* und, ihre Legalität auch vorausgesetzt, jener Hauptregel: „*der Besiegte erstattet die Processkosten,*“ einer *Negative* gleich dergestalt anzuhängen: „*es wäre denn, dass aus den Acten und dem Resultat des Processes sich als gewiss ergäbe, dem Besiegten falle weder eine bösabsichtliche Processführung, noch eine leichtsinnige Streitsucht zur Last.*“ Thibaut, in dem System des Pand. Rechts. Thl. III. §. 1132. Hennemann a. a. O. pag. 24. glaubt, *es sey gleichviel ob man jenes oder dieses an die Spitze stelle;* allein schon die *Vermuthung für die Regel*, der *im Zweifel* zu ihr nöthige *Recurs* u. s. w., ist sehr folgenreich.

Gegner die von dieſem auf den Proceſs verwendeten Unkoſten zu erſtatten [129]).

Dieſe *Hauptregel* ſtehet feſt, ſo lange der Beſiegte eine *Ausnahme* zu rechtfertigen nicht vermag, und ſie dient, eben weil ſie *Grundprincip* und *Regel* iſt, auch *im Zweifel*: „ob der Beſiegte zu entſchuldigen ſey?“ *zur Entſchuldigung gegen den Beſiegten.*

So gewiſs aber unter dieſen zu erſtattenden Unkoſten nur die *nothwendigen*, §. a., obgleich ſowohl die *auſsergerichtlichen*, als die *gerichtlichen* §. b., ſelbſt dann zu verſtehen

129) „So ſoll die *Vergleichung* der Unkoſten ohne genugſame Urſachen in denen Urtheilen *nicht geſchehen*, ſondern vielmehr *der verlierende Theil in dieſelbe verurtheilet* und dem obſiegenden Theil dazu gebührend verholfen werden.“ Viſitations-Abſchied, v. J. 1713. §. 82. „*Omnes judices — ſciant, victum in expenſarum cauſſa victori eſſe condemnandum*, rel. L. 13. §. 6. Cod. *de judiciis.* 3. 1. So ſpricht auch die zwar nicht gloſſirte, jedoch wenigſtens rechtsgeſchichtlich und für die *Erklärung* der gloſſirten Geſetze wichtige, auch in der Nov. 82. Cap. 10 bezogene, L. 5. Cod. *de fructibus et litium expenſis.* 7. 51. „*Conſtitutio praecipit, ut quivis judex in ſententia ſua jubeat victum factos in judicio ſumptus praeſtare,*“ und eben dieſe *Regel* wird in dem Canoniſchen Recht aufgeſtellt. Cap. 4. X. *de poenis.* 5. 37.

hen sind, wann der den Besiegten verurtheilende Richter den Anspruch allgemein dahin gefasst haben sollte: „derselbe sey schuldig, dem Gegner *sämmtliche* Unkosten zu vergüten“ [130]), so deutlich erklären sich auch die Gesetze dahin: jene *Regel* sey *nicht ohne Ausnahme*, sondern es gäbe Fälle, in welchen der Besiegte *damit zu verschonen wäre*, dem siegenden Gegner die von diesem auf den Rechtsstreit verwendeten Unkosten *zu erstatten*. Diese *ausgenommenen* Fälle bilden das Gebiet der Kosten - *Compensation* [131]) — *Ver-*

130) oder auch nur: „*die Unkosten.*“ Ist über einen Theil der Kosten *bereits rechtskräftig und endlich erkannt*, so versteht sich von selbst, dass diese unter jener allgemeinen Beziehung: *sämmtliche Unkosten*, oder: *die Unkosten*, nicht begriffen sind. Dieses wäre eine *Nullität* — eine Verurtheilung *contra rem judicatam*. Vergl. a. Weber, a. a. O. §. 14. nr. V. pag. 150.

131) Es findet sich diese Benennung, insoferne man solche *unmittelbar auf die Unkosten* eines Processes beziehet, weder in den Römischen noch in den Canonischen Gesetzen, sondern sie hat wohl ihren Ursprung in der teutschen Gerichtssprache; vid. *Conc. d. Cam. Ger. Ord.* v. J. 1613. Thl. III. Tit. LIX. §. 9., und da nun hier von dem *Erlöschen* gegenseitiger, *der Grösse nach sich gleicher*, erworbener Forderungen die Rede *nicht ist*, sondern un-

Vergleichung[132]) — *gegenſeitigen Aufhebung* — indem, kommt eine jener Ausnahmen zur An-

unter *Koſten-Compenſation* nur *ſoviel* verſtanden wird, *daſs keinem der ſtreitenden Theile das Recht zuſtehe, von ſeinem Gegner die Erſtattung der aufgewendeten Proceſskoſten zu verlangen*, ſo nimmt man an, das Wort „*Compenſation*" ſey dieſen Orts in einer, durch den Redegebrauch eingeführten, *uneigentlichen* Bedeutung aufzufaſſen. Weber, a. a. O. §. 3. *a.* pag. 8. u. §. 14. not. 4. pag. 143. Wendet man jedoch den Blick dahin, daſs jedem Proceſs die Anſchuldigung einer illegalen, bösvorſätzlichen oder nur ſchuldlichen Rechtsſtöhrung zum Grunde liegt, und daſs auch der Beklagte, indem er gegen jenen Vorwurf einer Culpa im allgemeinen Sinn ſich vertheidiget, Einreden entgegenſetzt u. ſ. w., den Kläger ebenfalls einer Rechtsſtörung und Schuld bezüchtiget, ſey es auch nur in Hinſicht auf die Turbation mittelſt eines ungerechten Proceſſes — ſetzt man voraus, daſs die Compenſation der beiderſeitigen Unkoſten *eben darinnen* einen Hauptgrund findet, weil nach dem Reſultat des einzelnen Proceſſes der Richter annehmen kann, keiner der ſtreitenden Theile erſcheine als vollkommen ſchuldlos — erwägt man, daſs die *Folge* oft den *Namen* der *Urſache* erhält — ſo zeigt jener Begriff der Koſten-Compenſation wohl hin auf das allgemeine Rechtsprincip: *dolus cum dolo, culpa cum culpa compenſatur.* L. 3. §. 2. Dig.

Anwendung, jeder streitende Theil diejenigen Unkosten, welche er im Laufe des Processes verlegte (§. e.), und zu deren Erstattung sein Gegner nicht besonders verurtheilt würde (§. d. not. 27.), als *für sich selbst verwendet* und *erloschen* ansehen muss, es mag nun sein Gegner *weniger* oder *mehr* dergleichen Unkosten erlegt und aufgewendet haben.

§. r.

Dabey entstehet aber die schwierige, so vielfach beantwortete, Frage: *welcher Grad* der Schuld *vorhanden*, oder *abseyn* müsse, um *den Besiegten* in die Unkosten des Rechtsstreits *zu verurtheilen*, oder ihn hiermit *zu ver-*

Dig. *de eo per quem fact. erit.* 2. 10. L. 57. §. 3. Dig. *de contr. emt. vend.* 18. 1. L. 36. Dig. *de dolo malo.* 4. 3. L. 39. Dig. *sol. matr.* 24. 3. L. 10. Dig. *de compensat.* 16. 2. Die Kosten, welche jeder Theil aufwendete, sind in jener Hinsicht *ein Product eigener Culpa*, und so beziehet man die Compensation auf das, was zunächst liegt, auf das *Product der Culpa*, da eigentlich auf diese selbst jener Begriff zurückzuführen ist.

132) Nicht *transactio;* man müsste denn einen gezwungenen, vom Richter befohlnen, erkannten, Vergleich sich denken wollen. Die *Culpa gleicht sich* gegenseitig aus.

verschonen, mithin in dem letzten Fall den beiderseitigen Aufwand zu *compensiren?* *)

In den teutschen höhern und niedern Gerichtshöfen pflegte man als Hauptsatz anzunehmen: „nur eine dem Besiegten zur Last zu rechnende *Culpa lata*, noch mehr also ein *Dolus*, verpflichte denselben, seinem siegenden Gegner die von diesem auf solchen Fall verlegten Unkosten zu vergüten, und es sey also deren Compensation so oft zu erkennen, als aus den Acten *ein Grund* hervorgehe, den Besiegten von einer *Culpa lata — Temeritas — leichtfertigen, leichtsinnigen, Streitlust — für frei zu achten.*" **) Da nun die Gesetze die Gründe zu diesem richterlichen *Freiachten von einer Temerität* nicht speciell angeben, so verirrte sich die in der Aufstellung des obersten Princips schon fehlende Doctrin in diesem vagen Gebiete auch noch zu soviel *einzelnen Grün-*

*) Richtiger stellt man die Frage so: Welchen Grad der Culpa muss der Besiegte *als auf seiner Seite nicht vorhanden* an- und ausführen können, um von der Erstattung der Unkosten an seinen Gegner frei zu bleiben"? Vergl. § 9. u. Note 128.

**) Dass man diese *Ausnahme* von der *Regel* als *Hauptprincip* aufstellte, hat viel Verwirrung in der Lehre von der Erstattung der Processkosten veranlasst.

Gründen, daſs am Ende auch hier die Ausnahme zu der Regel ſich emporſchwang, und dieſe zu verſchlingen drohete.

Weber nahm den Unfug zu Herzen, und ſtellte als Princip auf: die einem Andern grundlos und vergeblich veranlaſsten Proceſskoſten ſeyen ein widerrechtlich, durch eine illegale poſitive Thätigkeit zugefügter, *Schade*, mithin könne obige Frage nur nach den Geſetzen vom *Schadens-Erſatz* entſchieden, und müſſe alſo der Beſiegte ſo oft in die Unkoſten des für ihn verlornen Rechtsſtreits verurtheilt werden, als ſich nicht aus den Acten ergebe, daſs er auch von dem *geringſten Verſehen*, von der *Culpa leviſſima*, für frei zu achten wäre."

Hennemann und Emmrich tadelten jene Strenge, und ſuchten obiges in den Gerichtshöfen herrſchende Hauptprincip als den poſitiven Geſetzen entſprechend, jedoch ohne die Verirrungen der Doctrin und Anwendung zu billigen, vorzüglich durch die Behauptung wiſſenſchaftlich zu rechtfertigen: „das Erſtatten der Proceſskoſten an den ſiegenden Gegner werde von den Geſetzen als *Strafe* der chicanöſen, oder doch leichtſinnigen, Proceſsführung dargeſtellt, ſo daſs wenigſtens *grobe* Schuld, *Culpa lata*, des Beſieg-

siegten zu dessen Verurtheilung in die Kosten erfordert werde."

SCHMIDT gen. PHISELDECK erachtete zwar dieses nicht für gegründet und trate vielmehr WEBERN *insofern* bei, als solcher aus der Quelle der *Schaden*-Lehre schöpft, will aber nur den *mittlern* Grad der Schuld, *culpam levem*, als Grund anerkennen, den Besiegten in die Unkosten des Rechtsstreits zu verurtheilen *).

Jenachdem man nun von dem ersten, dritten oder zweiten, Grundsatz ausgehet, *erhöhet* oder *mindert* sich die *Strenge* gegen den Besiegten. Nach WEBERS Meinung giebt es fast gar keine Ausnahme von der Regel: *victus victori restituere debet litis expensas!* — SCHMIDT und BORST finden jener Ausnahmen schon mehrere — HENNEMANN und EMMRICH begünstigen noch mehr die auf dem Wege des Civilprocesses überwundene Partei, wobei vorzüglich letzter sich bestrebt, der vagen richterlichen Willkühr engere Schranken zu setzen, damit nicht das allzu gelind scheinende Pricnip: „nur der *improbus* litigator, nur der *calumiator*, d. h. der

*) Der den Unterschied zwischen culpa levis u. levissima nicht anerkennende BORST nähert sich WEBERN eben soweit, als er sich von ihm entfernt.

der einer *groben Schuld*, oder des *bösen Willens*, schuldig befundene Besiegte, erstattet dem Sieger die Processkosten," den letzten, gegen die Absicht der Gesetze, ungerecht verkürze.

Jedem das Seine! Wandern wir selbst in das Gebiet der Gesetze!

§. s.

Die in dem §. q. aufgestellte allgemeine *Regel* vorausgesetzt, (wie sie *vorausgesetzt* und *vorangestellt* werden muss,) erklärt

I) die teutsche Gesetzgebung: „*es soll* die Vergleichung der Unkosten *ohne genugsame Ursachen* in den Urtheilen *nicht geschehen* [138]).

Auf

[138]) *Visitations-Abschied* v. J. 1713. §. 82. M. die Note 129. zu dem §. q. Dass diese reichsverfassungmässig dem R. C. Ger. gesetzlich vorgeschriebene *materielle* Norm, der früheren Vorsehung in dem R. Absch. v. Jahr 1654. §. 137. gemäs, eine Quelle der Theorie des *teutschen gemeinen Processes* geworden sey, läs-t sich eben so wenig als das mit Grund bezweifeln, dass jene Vorschrift auch nach der Auflösung des Reichsverbandes in denjenigen teutschen Ländern *als einmal aufgenommenes Landesgesetz* gültig und wirksam verbliebe, wo eine specielle oder neue Gesetzgebung dieselbe nicht verdrängte.

R

Auf gleiche Weise spricht eine Stelle in dem Concept der Cam. Ger. Ord. v. Jahr 1613 [134]), und zeigt wenigstens auf den Geist hin, welcher dazumal die Lehre von der Compensation der Processkosten beherrschte.

Dort und hier aber spähet man vergeblich nach einer nähern Bezeichnung der *genugsamen* Ursachen, will man *davon* absehen, dass mehrere andere Reichsgesetze in Hinsicht auf die streitende *arme* Partei deren *freventliches*, *muthwilliges*, *unbilliges*, *Umtreiben*, *Umziehen in Rechten*, mit einer Leibesstrafe belegt wissen wollen, *im Fall selbige die Kosten zu bezahlen nicht vermöge* [135]).

Man

134) P. III. Tit. LIX. §. 9. V. „Demnach aber hierbey befunden, dass u. s. w. auch die Compensationes derselben (Unkosten) *gar zu sehr gemein im Brauch*, so wird u. s. w. auferlegt und befohlen —— auch *leichtlich nicht ohne genugsame Ursache* die Expens zu compensiren."

135) C. G. O. v. J. 1495. Tit. *Von den Armen-Partheyen.* §. 24. C. G. O. v. J. 1500. Tit. IX. Cam. G. O. v. J. 1555. Thl. I. Tit. XLI. §. 3. M. s. a. R. Dep. Absch. v. J. 1600. §. 8. u. d. f. Man kann hier freilich, und mit Grund, entgegnen:

Man muſs alſo auch

II) auf die recipirten fremden Hülfsrechte hinſehen, um hier nähern Aufſchluſs und Ergänzung zu finden.

Von ihnen ſpricht

1) das Römiſche Recht, nachdem IUSTINIAN den Richter auf ein früheres Geſetz des ZENO verwieſsen hat: *ſi tamen perſpexerit* (judex) *neutrum* (litigatorum) *ſumtuum ſubdere rationi, et propter negotii forte varietatem, hoc ipſum decernat ſua ſententia* [136]); und jene bezogene Verordnung des Kaiſers ZENO iſt gewiſs die nicht gloſſirte, von CUJAZ [137]) aus den Baſiliken hergeſtellte, L. 5. Cod. *de fructibus et litium expenſis.* 7. 51., welche das Hauptprincip an der Spitze hat: *ut*

nen: „die *öffentliche Strafe* ſetzt *böſen Vorſatz*, wenigſtens *grobe Schuld* voraus; allein die Vergütung eines *damni injuria dati* begründet ſich *durch jede Schuld.*"

[136]) Nov. 82. Cap. 10. Die daher genommene Auth. ad. Leg. 15. Cod. *de judiciis.* 3. 1. ſpricht faſt noch deutlicher: *ſed ſi viderit judex neutrum litigatorum ſubdi debere ratione ſumtuum propter negotii varietatem, ſua ſententia hoc declaret.*

[137]) In Obſervat. et Emendat. Lib. XII. Cap. 1.

ut quivis judex in ſententia ſua jubeat victum factos in judicio ſumtus praeſtare, ſodann jedoch in dem §. 1. die *Beſchränkungen*, *Ausnahmen* [138]), hinzufügt: „*ſi quis*

138) Emmrich, a. a. O. §. 19. pag. 98. u. d. f. thut dieſem Geſetz und der L. 13. §. 6. Cod. *de judiciis* 3. 1. offenbar Gewalt an, durch die Behauptung: dort und hier werde nur ſoviel ausgeſprochen: „der Richter ſolle in der Definitiv-Sentenz über die Unkoſten ausdrücklich erkennen, und widrigen Falls ſelbſt für dieſe verantwortlich werden." Allerdings verordnen zwar dieſes jene Geſetze: allein eben ſo klar gebieten ſie zugleich: „*den Beſiegten ſolle der Richter in die Unkoſten ausdrücklich verurtheilen.* Beydes beſtehet eben ſo gewiſs recht wohl mit und neben einander, als es mit den *frühern* Geſetzen, §. 1. Inſt. *de poena temere litig.* 4. 16. L. 79. Dig. *de judiciis.* 5. 1. und L. 78. §. 2. Dig. *de legatis.* II. 31., ohne Widerſpruch ſich vereinigen läſst. Denn beide erſtere enthalten nur das Hauptprincip für die *Ausnahmen* von jener Regel, und das letzte ſetzt ſogar *dieſe voran*, inſofern es überhaupt Betracht verdient. M. ſ. die Note 140. Zudem gehen die Geſetze des Codex den Inſtitutionen und Pandecten bekanntlich vor, und das in der Note 233. angezogene, uns zunächſt liegende, teutſche Geſetz ſchlieſst wohl jeden gegründeten Zweifel an dem Daſeyn jener in dem §. 9. aufgeſtellten Regel aus. Eben ſo ge-

quis vero conventus bona fide ſolverit, aut actor lite deſtiterit, aut etiam judex inveniat, eum non calumniatorem, ſed de re dubia litigantem, hic evitabit expenſarum condemnationem."

Mehr ſpecielle Gründe, welche den Beſiegten gegen die Verurtheilung in die Proceſskoſten *ſichern ſollen*, ſtellen die Römiſchen Geſetze nicht auf, ſondern ſie äuſsern nur noch in mehreren Stellen: „der *temere litigans*, der *improbus litigator* [139]), *is qui temere adverſarium vocavit in judicium* [140]), ſolle ſeinem Gegner

gewaltſam will Hennemann a. a. O. pag. 11. u. d. f. dieſes Hauptprincip. aus der L. all. 13. §. Cod. 3. 1. mit dem Grund verdrängen, „weil das Geſetz nur beſtimme: *wieviel* Unkoſten dem Sieger zu erſtatten wären." — Umfaſst denn dieſe Beſtimmung nicht zugleich die Vorſchrift: „*daſs dem Sieger* jener Aufwand zu vergüten iſt, und daſs alſo der *Beſiegte* zu deſſelben Erſtattung verurtheilt werden ſoll?" — Muſs denn jedes Geſetz immer nur einen einfachen Satz ausſprechen? Beſtimmt es: *wieviel* der Beſiegte erſetzen ſolle, ſo wird ja *die Zwangspflicht zu dem Erſatz* deutlich genug unterſtellt und eingeſchloſſen.

139) §. 1. in fine Inſt. *de poena temere litigantium.* 4. 16.

140) L. 79. Dig. *de judiciis.* 5. 1. Man pflegt hierbey auch

ner sowohl die Schäden als die Process-kosten ersetzen, ingleichen der *Calumniator* solle in die Processkosten verurtheilt wer-

auch Papinians in der L. 78. §. 2. Dig. *de legatis.* II. 3. enthaltenen Worte: „Etiam respublica fideicommissi post moram usuras praestare cogitur; sed damnum, si quod ex ea re fuerit secutum, ab his sarciendum erit, qui *post dictam sententiam judicatum solvere supersederunt.* Nec aliud servabitur in *litis sumptibus*, si *ratio litigandi non fuit*; *ignaviam* enim praetendentes audiri non oportet," als Beweisstelle anzuziehen; allein sie spricht offenbar nicht von dem Verhältnis der *streitenden Theile*, sondern von dem Verwalter fremden Vermögens, welcher *den Principal* durch nachlässig verzögerte Zahlung einer liquiden Schuld, oder durch hiergegen eigenmächtig aufgestellte grundlose Ausflüchte, Schaden und Unkosten zuzoge. Wegen dieser soll er *seinem Principal* verantwortlich seyn, weil, vorzüglich auf jene Zögerung zurückgesehen, (qui post dictam sententiam judicatum solvere supersederunt) Faulheit ihn nicht entschuldigen könne Mit dem Blick auf jenes Verhältnis spricht Papinian weiter: „*Quod in tutoribus quoque probatur*," und in Rücksicht auf diese Verwalter fremder Geschäfte wird z. B in der L. 9. §. 6. Dig. *de adm. et peric. tut.* 26. 7. deutlich verordnet: „dass der auf eine gegründete, ihm, bewusste, Schuld seines Pflegebefohlnen belangte, jedoch des-

werden" [141]). Allein *diese* Aeufserungen der Gesetze sind *deshalb*, weil sie *da stehen*, *nicht die Regel*, *nicht das oberste Princip*; sondern sie sprechen nur den einzeln, jedem Zweifel enthobenen, Satz aus: „Wer aus Chikane oder Leichtsinn einen Process unternimmt, muss die Kosten bezahlen." *Dieser Satz* schliesset keinesweges *den* Satz aus, welche Partei *abgewiesen oder verurtheilt* wird, *die ist*, bis zum Beweis des Gegentheils, *wenigstens für temere litigans zu achten*.

Auf

deshalb in supervacaneam litem eingehende Tutor den dadurch entstandenen Aufwand nicht in Rechnung bringen dürfe." Uebringens aber ist *soviel* gewiss gegründet, dass *ignavia* eine gröbere Schuld als die levissima und levis bezeichnet. L. 3. §. 18. L. 4. §. 4. Dig. *de suspectis tutoribus*. 26. 10. L. 2. §. 41. Dig. *ad Sctm. Tertyllianum*. 38. 17. coll. L. 7. §. 1. Dig. *de susp. tutor.* 26. 10. §. 6. et 13. Inst. *ejusd. tit.* I. 26.

141) L. 1. §. 1. Dig. *de vacatione munerum*. 50. 5. L. 6. Cod. *de administrat. tutor.* 5. 37. L. 33. §. 8. Cod. *de episcop. et clericis*. 1. 3. L. 6. Cod. *de fruct. et lit. expensis*. 7. 57.

Die Gesetze, welche blos von *peinlichen* Anklagen sprechen, gehören wohl nicht *hieher*; obgleich dieselben Aufschluss über den *Begriff* der *Calumnia* und *Temeritas* geben können.

Auf faſt gleiche Weiſe ſprechen

2) mehrere Stellen in dem Canoniſchen Rechte. So ſagt ein Geſetz: *Calumniam et audaciam temere litigantium condemnando in expenſis et alio multiplici remedio ſanctio imperialis compeſcit. Quoniam igitur — — praecipimus, ut de cetero in cauſis pecuniariis victus victori in expenſis condemnetur* rel. [142]); ein anderes aber, unter dem vorgeſetzten Grund, die Länge und Koſtſpieligkeit der Proceſſe zu mindern: „*praeſenti decreto ſtatuimus, ut poſtquam intentionem ſuam altera pars fundaverit, ſi reliqua forte voluerit legitimam exceptionem opponere, quam nolit aut nequeat in continenti probare, quia frequenter ad impediendum vel differendum proceſſum exceptiones hujusmodi per excogitatam malitiam opponuntur, ad ſolvendas alteri parti moderatas expenſas extunc in judicio faciendas, cum acceptis induciis, ſi forſitan in probatione defecerit, condemnetur*“ [143]). Ferner ſpricht ein Geſetz ſich dahin aus: „*Verum quoniam — — non attendentes, malitiam et do-*

142) Cap. 4. X. *de poenis.* 5. 37.

143) Cap. 5. X. *de dolo et contumacia.* 2. 14.

dolum nulli patrocinari debere, mandamus, quatenus — — expenſas, quas propter hoc monachi feciſſe noſcuntur, eas a canonicis reſtitui facientes[144]; und auf ähnliche Weiſe: — — *non immerito is, qui — dolo vel fraude adverſarium ſuum laborare coegit, in expenſis condamnari debet eidem*[145]).

Aus dieſem allen folgt aber noch wenig Klarheit. Denn ſiehet man ab von der in der Nov. 82. Cap. 10, erwähnten *varietas negotii*, mit welcher wohl die in der L. 5. §. 1. Cod. *de fruct. et lit. exp.* gedachte *res dubia* gleichviel iſt, und ſtellt man die in eben dieſem Geſetz, dieſes auch als Norm betrachtet, aufgezählten *einzelnen Fälle* zur Seite[146]), ſo

144) Cap. 2. X. *ej. tit.* 2. 14.

145) Cap. 3. in fine X. *de reſcriptis.*

146) Die auf den Röm. Proceſs zunächſt anwendbare L. 5. all. ſpricht in den Worten: „*ſi quis vero conventus* etc. — — *hic evitabit impenſarum compenſationem*,“ *lediglich und allein* von dem *Beklagten*, keinesweges aber enthält ſie einen Fall, in welchem der *Kläger* mit der Erſtattung der Unkoſten zu verſchonen wäre. Der erſte vage Satz: *ſi quis conventus bona fide ſolverit*, unterſtellt wohl, daſs der erſt durch die vocatio in jus interpellirte und von ſeiner Verbind-

ſo bleibt nichts übrig, als das von Weber und Schmidt hart bekämpfte Princip: „*welcher ſtreitende und beſiegte Theil frey iſt von*

bindlichkeit unterrichtete Beklagte ſofort ſo bereitwillig und redlich zahlt, daſs es nur einer auſsergerichtlichen Mahnung bedurft hätte. Der zweite Satz: *aut actor lite deſtiterit*, kann nur ſoviel ſagen ſollen: im Fall der Kläger den Proceſs fallen läſst, ſo darf der Beklagte nicht in die Unkoſten verurtheilt werden, vielmehr trifft dieſes den Kläger ſelbſt. *Deſiſtere enim eſt, de negotio abſtinere, quod calumniandi animo inſtituerat*“ L. 10. Dig. *de judiciis*. 5. 1. Und wie *könnte*, wie Weber glaubt, das Geſetz ſagen wollen: *hic actor euitabit impenſarum condemnationem?* Auch der dritte Satz: *aut etiam judex inveniat eum non calumniatorem rel.*, ſiehet auf den *conventum* zurück, und ſpricht, in Verbindung mit den Worten: „*ſed de re dubia litigantem*“ aus: *der* Beklagte, welcher ſich nicht aus Chicane vertheidiget, *vielmehr*, (ſed) weil er nicht zu miſsbilligende, in den Acten vorliegende, Gründe hat, an der Exiſtenz der ihm angeſonnenen Verbindlichkeit zu zweifeln, und zwar Gründe, welche bei der Abfaſſung der Definitiv-Sentenz des urtheilenden Richters Betracht verdienen (*aut judex inveniat eum rel.*), *hic evitabit impenſarum condemnationem. Anwenden* läſst ſich übrigens dieſes auch auf den Kläger, *inſoferne* dieſer *als Beklagter zu beurtheilen iſt.*

von dem dolus und der Culpa lata, der iſt zu der Erſtattung der Proceſskoſten an den ſiegenden Gegner nicht verbunden [147]).

Immer aber bleibt noch die groſse und wichtige Frage unentſchieden: *woran* läſst ſich erkennen, daſs dem beſiegten Theil weder ein *dolus* noch ein *culpa lata*, d. h. weder *Calumnia*, noch *Temeritas*, beigemeſſen werden könne? — welche Fälle ſind es alſo, in welchen der Richter berechtiget iſt, von der Regel §. q. abzuweichen, und die Unkoſten zu compenſiren?

Ehe dieſes ſich beantworten läſst, ſind noch einige Hinderniſſe zu beſeitigen.

§. t.

Wenn Weber [148]) und Schmidt [149]) es bezweifeln, daſs in den angezogenen Geſetzen [150]) der Begriff der *Temeritas* ſoviel bezeich-

147) Dieſes iſt dem Sinne nach *ganz gleichviel* mit dem §. q aufgeſtellten Hauptprincip. Die Regel: „*der Beſiegte trägt und erſtattet die Unkoſten,*" ſtehet *ſtillſchweigend* voran, iſt in der Ausnahme *implicite* ausgeſprochen.

148) a. a. O. §. 3. *d*. pag. 39. u. d. f.

149) a. a. O. §. 12. pag. 54. u. d. f.

150) §. 1. Inſt. *de poena temere litigant.* L. 79. Dig. *de judiciis.*

zeichne als *Leichtſinn*, *Leichtfertigkeit*, ein *unbeſonnenes Wagen*, *Verwegenheit*, *Muthwillen*, oder wie man in dem gemeinen Leben zu ſprechen pflegt, das Handeln in das Tagslicht, in das Gelag, in das Blaue hinein u. dergl., wenn erſter das dort zu leſende *temere*, nur mit *vergeblich*, *ohne Erfolg*, *fruſtra*, gleichviel hält, letzter aber eine culpam levem dort mit bezeichnet wiſſen will, ſo thun beide der Sprache und den Geſetzen der Römer offenbar Gewalt an. Man nehme nur den Gessner oder Scheller u. a. zur Hand, vergleiche mit derſelben Nachrichten die von Emmrich [151]) aus Römiſchen Proſaikern und Dichtern ausgehobenen und eine Menge in Justinians Geſetzſammlung befindlicher Stellen [152]), um jenen Vorwurf gerechtfertiget zu finden. Denn vorzüglich nach dieſen Geſetzen iſt es klar, daſs die *Temeritas* an die Calumnia, Chikane, böswillige

[151]) a. a. O. §. 8. pag. 41. u. d. f.

[152]) Z. B. L. 1. §. 5. Dig. *ad Sctm. Turpill.* 48. 16. L. 7. Dig. *ad leg. Jul. Majeſt.* 48. 4. L. 57. §. 1. Dig. *de adquir. vel omitt. hered.* 29. 2. L. 41. Dig. *de recept.* 4. 8. L. 38. Dig. *ſolut. matr.* 24. 3. L. 3. §. 2. et 3. Dig. *ad leg. Corn. de ſicariis.* 48. 8. L. 18. Cod. *qui accuſ. non poſſ.* 9. 1. L. 4. Cod. *de obſeq. patr. praeſt.* 6. 6.

lige Streitſucht, *nahe angränzt*, in das Gebiet der *culpa lata* gehört, von *dieſer* eine *Abart* iſt, weit entfernt aber von dem *geringſten* Verſehen, und ſelbſt von dem *geringen* eines *vorſichtig* und *bona fide* handelnden Menſchen [153]). Ja inſoferne man auch *abſichtlich*, *bösvorſätzlich*, ein *Wageſtück* unternehmen kann, um ſich einen unerlaubten Vortheil zu verſchaffen, wenigſtens eine ſchändliche Leidenſchaft zu befriedigen und einem Mitmenſchen Schaden oder Plage zuzufügen, verſtehen die Geſetze unter *temeritas* und *audacia* ſogar die wahre Calumnie, die *doloſe* Streitluſt [154]), nennen jedoch dieſe auch

153) Nach L. all. 1. §. 5. Dig. 48. 16. lehrte Papinian: „temeritatem *facilitatis* veniam continere, et *inconſultum calorem* calumniae vitio carere.“ Jene facilitas bezeichnet aber offenbar *Leichtſinn*, und der *inconſultus* calor eine *unbeſonnene* Hitze. Papinian ſcheidet hier die temeritas in ſpecie von der bösabſichtlichen Chicane; er ſagt: letztere verdiene eine *öffentliche Strafe*, erſtere hingegen ſey, weil der dolus ermangele, *dortmit* zu verſchonen. Allein ſtellt er denn jene temeritas der culpa leviſſima oder levis gleich? Wie konnte Weber a. a. O. pag. 39. *dieſes* Geſetz für ſeine Meinung benutzen wollen!

154) L. 1. pr. et §. 10. Dig. *ad Sctm. Turpill.* 48. 16.

auch *evidentem calumniam, impudentem calumniantium audaciam, excogitatam malitiam*[155]), und unterſcheiden [156]) hiervon ausdrücklich *temeritatem* im ſpeciellen Sinn, als eine vom böſen Vorſatz zwar freie, jedoch grobe, leichtſinnige, oder leidenſchaftliche, mit der bona fides nicht vereinbare, Unbeſonnenheit

16. L. 39. §. 1. Dig. *de liberali cauſa.* 40. 12. Cap. 4. X. *de poenis.* 5. 37.

155) L. 1. §. 3. Dig. *ad Sctm. Turp.* 48. 16. L. 65. Dig. *de condict. indebiti.* 12. 6. Cap. 4. et 5. X. *de poenis.* 5. 37.

156) *Improbus* litigator iſt ſowohl der eigentliche bösvorſätzliche Chicaneur, Calumniant, L. 6. Dig. *ad legem Jul. de vi priv.* 48. 7. L. 2. §. 6. Cod. *de jurej. propt. calumn.* 2. 59. Emmrich, a. a. O. §. 8. pag. 37. u. d. f., als der *temere culpa lata*, in den Proceſs eingehende ſtreitende Theil. Denn *improbitas* bezeichnet das Abſeyn der *probitas*, Redlichkeit, Ueberzeugung von der Rechtlichkeit, oder, was gleichviel iſt, der *bona fides.* Dieſe aber bildet den Gegenſatz des doli, der malae fidei, L. 5. Cod. *de reſcindenda emt. vend.* 4. 44. L. 48. §. 1. Dig. *de adquirendo rer. dom.* 41. 1. und dem dolus ſtehet in *Privatrechts* - Verhältniſſen allbekannt die grobe Schuld gleich, ſo daſs, wo der dolus genannt wird, die culpa lata mit inbegriffen iſt, und umgewendet.

heit [157]). Daher will das *non temere* ſoviel ſagen als, *nicht leichtlich*, *nicht ſo geradezu*, *nicht ſo obenhin* [158]); und weil die Folgen der auf das Geradewohl unternommenen Handlungen gleichſam von dem Zufall abhängen, dergleichen Unternehmungen daher oft ihren Zweck verfehlen, weil ſie nicht von überdachten Gründen ausgehen, ſo bezeichnet das *temere* allerdings *bisweilen* auch ſoviel als, *zufällig*, *vom Ungefähr*, *vergeblich*, *grundlos*, u. dergl., hingegen das *non temere* ſoviel als, *nicht zwecklos*, *nicht vom Ungefähr*, *nicht ohne Grund* [159]). Dieſes aber löſst den Ur- und Hauptbegriff der *temeritas* eben ſo wenig auf, als das von Weber dagegen angezogene einzige Geſetz [160]) den Sinn der angezo-

157) L. all. 1. §. 3. et 5. Dig. *ad Sctm. Turp.* 48. 16. So wie jede culpa hat auch die lata verſchiedene *Quellen*, z. B. ſowohl Geiſtes- und Körperträgheit, als unbeherrſchte Heftigkeit u. ſ. w.

158) Z. B. L. 64. Dig. *de reg. jur.* 50. 17. L. 41. Dig. *de fideij.* 46. 1. L. 1. §. 4. Dig. *de dolo malo.* 4. 3. L. 3. §. 4. Dig. *ubi pup. ed. deb.* 27. 2.

159) Z. B. L. 27. Dig. *de hereditatis petitione.* 5. 3.

160) „Si tamen *temere* ſeparationem petierunt credi-

zogenen Gesetze auch nur im mindesten zu stöhren vermag. Denn es ist daselbst von der Restitution gegen die nachtheiligen Folgen einer *temere* [161]), d. h. *ohne vorgängige Prüfung*, unternommenen Handlung die Rede, welche für nicht geschehen angesehen werden soll, falls der sich täuschende Gläubiger sein Nichtbekanntseyn mit dem Gehalt der auf sein Verlangen separirten Vermögens-Masse zu rechtfertigen vermöge; und dass das temere *auch hier* auf *Mangel an Bedachtsamkeit* hinzeige, keinesweges aber weiter nichts, als: „*vergeblich*," *fruchtlos*," sagen solle, ergeben die vorhergehenden Worte: „sibi debet imputare suam *facilitatem* [162])," klar genug. Ist es denn aber in allen Fällen juristisch *unmöglich*, in Hinsicht auf eine von Aussen als leichtsinnig, leichtfertig sich darstellende Handlung solche Gründe nachzuweisen, welche jene anscheinende Unbesonnenheit rechtfertigen? Wie wann jener die Separation geradezu fordernde Gläubiger ab-

ditores defuncti, impetrare veniam possunt, justissima scilicet ignorantiae causa allegata." L. 1. §. 17. Dig. *de separationibus*. 42. 6.

161) Borst a. a. O. §. 32. pag. 88.

162) Conf. §. 3. in fine Inst. *quib. mod. re contrahitur obligatio*. 3. 15.

abwesend war, der defunctus debitor aber in dem allgemeinen Gerücht eines reichen Mannes stande, und dieses Gerücht ihn vielleicht verleitet hatte, auf die Scheidung des nachher überschuldet befundenen Vermögens anzutragen? Wenigstens lehrt auch ein zweites Gesetz, daſs man gegen eine unbesonnene Handlung aus einem gesetzlichen Restitutions-Grund — ex justa causa — z. B. Minorennität, in den vorigen Rechtsstand wieder eingesetzt werde [163]).

§. u.

Ein anderer von Weber [164]) aufgestellter Einwand gehet dahin: daſs, wenn gleich mehrere Gesetze aussprechen, der *temere litigans und calumniator erstatte dem Gegner die Proceſskosten*, und wenn man auch annehmen wollte, *temeritas wäre mit culpa lata gleichviel*, desungeachtet, da jene Gesetze nicht *so* verfaſst sind: *nur* der temere litigans und

163) „Majori tamen viginti annis, *si minor viginti quinque* (annis) *sit*, *ex hac causa* succurrendum, si *temere* auditorium receperit, multi dixerunt." L. 41. in fine Dig. *de receptis et qui arb. receperunt.* 4. 8.

164) a. a. O. §. 3. *d.* pag. 40. u. d. f.

und calumniator ist in die Processkosten zu verurtheilen," *der* Satz nicht *ausgeschlossen* sey; „auch eine geringere als die grobe Schuld begründe jenes Erkenntnis gegen den Besiegten."

An sich betrachtet ist dieses, wie oben §. 5. bereits bemerkt wurde, allerdings vollkommen gegründet, und wurde als Princip von dem Verfasser dieser Abhandlungen an einem andern Ort[165]) mit folgenden Worten behauptet: *Cum minus id, quod plus est, nequaquam sub se comprehendat, illudve excludat, nullo prorsus modo licet conjicere, „eum, cui doli et culpae latae praestatio, non adjecta speciali determinatione, imposita est, ad culpae levis aut levissimae praestationem non obligatum esse"*[166]). *Non magis sequitur, propterea, quod lex simpliciter culpam levem praestandam esse praescribat, culpam levissimam ejus praescripto excludi*[167]). *Saepissime potius fieri potest, ut aliis legibus id, quod plus*

165) In Exercit. ad doctrinam de culpa. Fasc. I. exerc. IX. §. 4. pag. 120.

166) E. g. L. 10. Dig. *mandati.* 17. 1. L. 10. Cod. *de procuratoribus.* 2. 13.

167) E. g. L. 32. Dig. *de negotiis gestis.* 3. 5.

plus est, specialiter suppleatur [168]), *aut ex generalioribus, quae de culpa valent principiis* [169]), *colligendum sit.*'

Wo aber sind nun — darf man auch fragen — die Gesetze, welche von einer den Besiegten zu dem, Kostenersatz verpflichtenden *geringern* Schuld sprechen? *Davon* schweigen sie überall; und von diesem Gesichtspunkt aus mangelt es der Weberischen Lehre *an einer speciellen gesetzlichen Vorschrift* gänzlich. Er muss sich *blos* auf die *allgemeinen Principien* der lex Aquilia werfen. Doch *ein* Gesetz [170]) erwähnt einer *culpa* des Klägers *schlechthin*; und verstehet man hierunter die *culpa in specie*, als Gegensatz des dolus und der culpa lata, so könnte dieselbe auch culpam levem und levissimam bezeichnen [171]). Allein eines Theils beziehet sich jene Culpa blos auf das *Nichterscheinen* des Klägers, auf des-

[168]) E. g. L. all. 32. coll. §. 1. Inst. *de obligat. quae quasi ex contr. nasc.* 3. 28.

[169]) L. 5. §. 2. et L. 18. pr. Dig. *commod. vel contra.* 13. 6. §. 4. Inst. *quibus mod. re contr. obl.* 3. 15. add. L. 44. Dig. *ad legem Aquiliam.* 9. 2.

[170]) L. 2. Cod. *de fruct. et lit. expens.* 7. 51.

[171]) Exerc. ad doctr: de culpa, Fasc. I. Execr. IX. §. 2. nr. II. d. dort. Ges. coll. pag. 8.

dessen *Ungehorsam*[172]), und anderen Theils spricht das Gesetz unmittelbar nachher sofort von der *Calumnia*, so daſs sich ergiebt, das vorhergehende Wort *culpa* bezeichnet die, *auch den bösen Vorsatz und die grobe Schuld unter sich begreifende*, culpa im *allgemeinen* Sinn[173]).

Es scheint aber Weber des Hülfsmittels anderer *speciellen* Gesetze gar nicht zu bedürfen, sobald man den ferner von ihm[174]) aufgestellten Satz beistimmen müſste: „die dem Sieger zu erstattenden Proceſskosten seyen nicht als eine *Strafe*, sondern als Ersatz des *Schadens* anzusehen, welchen jenem der Besiegte durch eine vergebliche Proceſsführung veranlaſst habe.“ Denn alsdann bleibt der Recurs zu den allgemeinen Gesetzen vom Schadens-Ersatz noch übrig, und diese verordnen allerdings, daſs auſser Contracts-Ver-

172) „Daſs die *Contumacial*-Kosten (§. d. nr. 1.) aus einem *besondern* Gesichtspunct zu betrachten und nicht nach dem die Unkosten der ganzen Sache (§. d. nr. 3.) beherrschenden Princip zu beurtheilen sind,“ folgt aus dem Inhalt des §. aa.

173) E. von Loehr, in der Theorie der Culpa. §. 1.

174) a. a. O. §. 3. *b.* pag. 15. u. d. f.

Verhältnissen jede in dem Rechtsgebiet eines andern unternommene freie schädliche Thätigkeit, liege solcher auch das *geringste* Versehen, nur der Mangel an der *höchsten* Vorsicht, zum Grund, die Zwangspflicht zu der Vergütung des damni injuria dati als Folge nach sich ziehen solle [175]).

Vorausgesetzt aber auch, das Verhältniss der Processführung mit dem Gegner begründe keine den vertragmäsigen Verbindlichkeiten ähnliche Verpflichtung [176]) — vorausgesetzt, die Processkosten seyen nur den *widerrechtlichen Schäden* beizuzählen, und es lasse sich, (wie hiermit geschiehet), ganz zur Seite schieben, dass a) JUSTINIAN die Erstattung der Processkosten nur als *Surrogat* der vormals gegen die Calumnianten Statt findenden, einen Zehntheil des Streitobjects betragenden, Strafe verordnet hat [177]), und dass b) nicht nur das Römische [178]) und Canonische [179]) Recht von den Processkosten unter der Rubrik handelt: de *poena* temere li-

[175]) L. 44. Dig. *ad legem Aquiliam*. 9. 2.

[176]) MARTIN, §. 146. Lit. Not. h.

[177]) M. s. HENNEMANN, a. a. O. §. 5. u. d. f.

[178]) Inst. Lib. III. Tit. XVI.

[179]) Decret. Greg. Lib. V. Tit. XXXVII.

litigantium: und de *poenis*, sondern auch die vaterländischen Gesetze [180]) den Begriff einer *Strafe* dortmit zu verbinden scheinen — *so folgt dennoch nicht*, daſs, weil man die dem Sieger veranlaſsten Proceſskosten in das Gebiet der *illegalen Schäden* verweisen müsse [181]), der Besiegte in Rücksicht auf die Unter-

[180]) Cam. Ger. Ord. v. J. 1580. Art. IX., in den Worten: „und sie *die Kosten nicht zu bezahlen hätten*, mit *anderer Straf*, nach Gröſse und Gelegenheit der Person und der Verhandlung zu strafen.“ Und ehe in Teutschland die Gerichtssporteln regulirt wurden, muſste der unterliegende Theil dem Richter die *Wette* zahlen, welche nichts anders als eine *Strafe* war. Hauschild, Gerichtsverfassung der Teutschen. §. 5. pag. 14., daher das *S. Landr.* Lib. III. art. 39. verordnet: *Will er nicht antworten, noch mit Recht sich entreden, daſs er nicht antworten darf, so theilet man ihn wetthaftig.*

Ein neueres Reichsgesetz hingegen scheint die Proceſskosten von der *poena* temere litigantium sogar *zu scheiden*. R. A. v. J. 1654. §. 119.

[181]) Es läſst sich allerdings gar nicht verkennen, daſs die Gesetzgeber hierunter von einer scharfen Sonderung und Bestimmung entfernt blieben, und höchst wahrscheinlich in der Lehre von dem *Ersatz* der Proceſskosten unter *poena* nur den *Nachtheil* verstanden, welcher den temere

ternehmung und Fortführung des Proceſſes culpam *leviſſimam*, oder auch nur *levem*, zu prä-

mere litigans treffen ſolle, ſo wie in der L. 1. D. *de eo per quem factum erit* rel. 2. 10. die Leiſtung des Intereſſe eine *Züchtigung* und *poena* doli genannt wird. Weber, a. a. O. §. 3. *b*. pag. 19. u. d. f. Auch entſpricht es der Natur einer Strafe im ſpeciellen Sinne durchaus nicht, deren Gröſse durch einen Eid des Beſchädigten auzumitteln, wie doch in Anſehung der zu erſtattenden Proceſskoſten wirklich der Fall ſeyn kann. Nov. 82. Cap. 10. L. 13. §. 6. Cod. *de judiciis* 3. 1. Es vermag auch der Umſtand, daſs die Geſetze die Proceſskoſten neben den durch den Rechtsſtreit auſser jenen veranlaſsten Schaden zu erwähnen pflegen, und gewiſſer Maſen hiervon ſondern, §. 1. in fine Inſt. *de poena temere litig*. 4. 16. Cap. 8. X. *de injuriis et damno dato*. 5. 36., eine Aenderung jener Anſicht um ſo weniger zu begründen, da beide *als Schäden*, als Arten einer Gattung, allerdings ſich unterſcheiden laſſen, und da die in Cap. cit. 8. enthaltenen Worte: *reſtauratio* damnorum et *ſatitfactio* expenſarum eher auf eine *gleiche* als *verſchiedene* Natur hinzeigen. Auch ſpricht die L. 5. Cod. all. 7. 51., und zwar im *ausſchlieſslichen Bezug* auf des Richters Pflicht, die beſiegte Partei in die *Proceſskoſten* zu verurtheilen: *quod ſi judex hoc non fecerit, ipſe parti victrici damnum illud compenſare cogitur*, und in den

ſtiren habe. So wie nämlich in Contracts-Verhältniſſen die in Bezug auf dieſe zur Hand genommene Aquiliſche Klage nur auf *den* Grad der Schuld begründet werden kann, welchen das *vorliegende* Rechtsgeſchäft recipirt [182]), ſo findet man ſogar in den Geſetzen Beiſpiele, wo *wegen eines* auſser den Gränzen eines Vertrags zugefügten *damni injuria dati* zwar die *actio ex lege Aquilia* Statt finden ſoll, jedoch *nicht* wegen einer culpa leviſſima oder levis, ſondern *nur dann*, wann der Verletzen-

den Sächſiſchen Proceſsordnungen findet man ähnliche Spuren. Schweitzer, in dem Lehrbuch des Sächſ. Proc. §. 34. pag. 74. not. 68. und in dem *Archiv* für die civiliſt. Praxis B. 1. Hft. 1. Abh. 4. p. 65. f.

Die vermeintlich wichtigen Folgen dieſer Controverſe verſchwinden wohl gänzlich, gehet man von dem Princip aus, dem Beſiegten wird eine culpa leviſſima oder levis nicht zur Laſt gerechnet, ſondern zeigt er, oder leuchtet von ſelbſt aus den Acten hervor, „*bona fide* (dieſen *objectiv* genommen) gienge er in den Proceſs ein,“ ſo ſichert ihn dieſe Wahrheit gegen die Anwendung der *Regel:* der Beſiegte erſtattet dem Sieger die Unkoſten. Culpa *lata* ſchlieſst das Daſeyn der bona fides aus — ſie iſt *dem dolus gleich*.

182) Exerc. ad. doctr. de culpa. Faſc. I. Exerc. I. §. 12. pag. 25. leg. not. 1. et 2.

tzende einer *gröbern* Schuld überführt werden könne [183]). Dieses nun, „dass auch in Betracht eines auf dem Wege des gerichtlichen Processes dem Gegner durch veranlassten Kostenaufwand zugefügten Schadens *nur die mala fides (culpa lata et dolus)* als Grund der Zwangspflicht, jene Vermögens-Minderung zu vergüten, aufzufassen sey," ist dem Geist der Römischen Gesetze sehr angemessen, da jeder, welcher ohne Chikane, und ohne leichtfertige Streitlust, mithin bona fide, zu einem gerichtlichen Rechtsstreit sich entschliesst, nur *darauf* ausgehet, das zu sichern, was er, nach einer objectiv zu entschuldigenden redlichen Ueberzeugung, für *einen Theil seines Vermögens* ansiehet, das objectum litis *als einen Bestandtheil hiervon behandelt*, und weil in dergleichen Fällen die Culpa levissima oder levis eine Verantwortung des redlich-irrenden nicht nach sich ziehen soll [184]). Auch stellen die Röm. Ges. überhaupt

183) L. 12. §. 6. L. 13. Dig. *de liberali causa*. 40. 12. coll. 13. §. 1. Dig. *ad leg. Aquil*. 9. 2. et L. 54. §. 2. Dig. *de adquir. rer. dom*. 41. 1. Mein Beitrag zu der Lehre von der Diligenz und Culpa, Heid. 1819. Note 6. pag. 10.

184) L. 25. §. 11. L. 31. §. 2. Dig. *de heredit. pet*. 5.

haupt das Princip auf: „man könne nicht verlangen, daſs jemand aus Beſorgnis, einen Schaden zu veranlaſsen, ſo leichthin auf ein bona fide ſich beigelegtes Recht Verzicht leiſte“ [185]). Auch iſt hiermit der geſetzliche Grundſatz verwandt: *qui ſine dolo malo ad judicium provocat, non videtur moram facere* [186]).

Noch verdient auch der von Weber [187]) vorgebrachte Einwurf Betracht: „daſs dem gewinnenden Theile, von der Zeit der Litiscontestation an gerechnet, nach Vorſchrift der Geſetze *alles das vergütet werden ſolle*, was ihm *nicht entgangen ſeyn würde*, hätte ſich der Verliehrende gleich zu Anfange des Streits zu

5. 3. Wer aber *überzeugt* iſt, und ohne Verletzung der *objectiven* bona fides überzeugt *ſeyn konnte*, „es ſtehe ihm eine Klage oder Einrede zu,“ verdient auch Entſchuldigung, wann er derſelben Gegenſtand als einen Theil ſeines Vermögens behandelt. L. 49. et 142. Dig. *de verb. ſignific.* 50. 16. L. 15. Dig. *de regulis juris.* 50. 17.

185) L. 40. pr. Dig. *de hered. petit.* 5. 3.

186) L. 63. Dig. *de regulis juris.* 50 17. L. 24. pr. Dig. *de uſuris.* 22. 1. Schöman, in den Fragmenten, u. ſ. w. Jen. 1814. §. 13. pag. 42. u. d. f.

187) a. a. O. §. 5. pag. 52.

zu dem bequemt, was jetzt Urtheil und Recht ihm zur Pflicht machen, ſo daſs derſelbe nur für *den* Schaden nicht hafte, welcher in eigentlichen Unglücksfällen ſich gründet"[188].

Allein auch hier gehen die Geſetze von der bona und mala fide aus[189], und verordnen zwar: „es ſolle der *überwundene* Beklagte, von dem Anfang des Proceſſes an gerechnet, *als Beſitzer im böſen Glauben* beurtheilt werden," dieſes jedoch gewiſs nur zu *dem Zweck*, damit derſelbe, ſobald er auf die Herausgabe eines Objects belangt iſt, *ſolches* nicht vernachläſſige und verſchleudere, vielmehr in Erwägung der *Möglichkeit*, daſs ſeinem Gegner jener litigiöſe Gegenſtand zugeſprochen werde, dieſen *mit höchſter Vorſicht zu erhalten ſuche*[190]. Es beſtehet mithin die Verletzung *dieſer* Pflicht, dieſe mala fides, *ganz beſonders und verſchieden* von derjenigen der *Proceſsführung;* indem, auf *letz-*

te-

188) L. 40. Dig. *de hereditat. petitione.* 5. 3.

189) Ex diverſo quoque, ſi pauciores *poſtea* poſſidebit, quam initio poſſidebat, ſi modo id *ſine dolo* ejus acciderit, abſolvi debet, rel. L. 41. pr. Dig. ej. tit. 5. 3.

190) Gönner, in dem Handbuch, Thl. II. Abh. XXXV. Emminghaus ad Cocceji jus civil. contr. Lib. VI. Tit. I. Q. XI. not. o. pag. 507.

tere hingesehen, *solche*, weil der Besiegte erhebliche Vertheidigungs - Gründe für sich hatte, Entschuldigung verdienen und die Compensation der Unkosten begründen, in Rücksicht auf jene *illegale Behandlung des Objects* im Laufe des Rechtsstreits aber eine, die Restitution aller gezogenen vernachlässigten Früchte u. dergl. nach sich ziehende, mala fides vorhanden seyn kann. Ueberhaupt ist es etwas ganz anders, das *zu erstatten*, was man bona fide aus einer, wie der Ausgang lehrt, einem andern zugehörigen Sache *in sein Vermögen aufgenommen hat*, als, *ex propriis* seinem Gegner einen Aufwand zu vergüten. Letzteres *grenzt an die Strafe*, jenes keinesweges, und es ist daher juridisch verkehrt und rechtsunmöglich, *von dem einem auf das andere zu schliessen*. Es kann vollkommen gerecht und consequent seyn, den Beklagten in die Erstattung aller im Laufe des Processes von dessen Object gezogenen und vernachlässigten Früchte zu verurtheilen, und *dennoch* die Unkosten des *Rechtsstreites* zu compensiren [191]).

§. V.

[191]) Ergänzt z. B. der mit einer Erbschaftsklage aufgetretene Kläger den über sein Erbrecht geführten Beweis durch einen Erfüllungs-Eid, so kön-

§. V.

Wie aber läſst jene gelinde Norm: „*die bona fides**) *des beſiegten ſtreitenden Theils berechtigt dieſen zu dem Anſpruch auf Koſten-Compenſation,*“ ſich metaphyſiſch rechtferti-

können die Unkoſten compenſirt werden, weil daraus, daſs er, ohne jenes Nothmittel, das behauptete Factum nicht vollſtändig darzuthun vermochte, der Widerſpruch des Beklagten inſoweit ſich rechtfertiget, um dieſen in bona fide zu erblicken. §. bb. Dennoch aber iſt der auf jene Weiſe beſiegte Beklagte in die Reſtitution der von der Zeit des Proceſs-Anfanges an gezogenen und vernachläſſigten *Früchte* zu verurtheilen, weil er, ungeachtet der redlichen Ueberzeugung, nicht dem Kläger gehöre das Streitobject, über ſolches, ſobald als es litigiös wurde, *nicht mehr willkührlich gebahren*, ſondern ſich *den Fall der Möglichkeit* einer *Ueberantwortung an den Gegner* denken ſollte, und weil nun *dieſer* Fall durch die Ergänzung des Beweiſes eingetreten iſt. Das vom Kläger erſtrittene Recht mit deſſen Folgen iſt ein Ganzes; ſolches aber iſt *verſchieden* von der als *ſchwankend* vorgelegenen Frage: *gebührt ihm jenes Recht?* *Dieſe Frage* veranlaſst die Proceſskoſten.

*) Abermals wird hier erwähnt: *objectiv* muſs dieſe bona fides berechnet werden, *nicht ſubjectiv* nach den Vorſtellungen und Phantaſieen des Beſiegten. S. unten Nro. 2 und 3. und §. z. mit Note 213.

tigen? Die Vernunft ſcheint es auszuſprechen, daſs es als eine ungerechte Handlung betrachtet und von der Geſetzgebung empfindlich geahndet werden müſſe, wenn man den Mitbürger durch ſolche gerichtliche Klagen oder Einreden in ſeinem Rechtskreiſs ſtöhrt, welche am Ende von dem zur Beleuchtung und Entſcheidung aufgeſtellten Repräſentanten des Staates, dem Richter, als *nicht gegründet* befunden werden; und es ſcheint doch der Gerechtigkeit mehr zu entſprechen, wann der *Urheber jener vergeblichen Stöhrung* deren *nachtheilige Folge* tragen muſs, als daſs derjenige, welcher ſein Eigenthum mit Anſtrengung und Aufwand durch die Staatshülfe ſich ſichern muſste, auch noch, neben dem damit verbundenen Zeitverluſt u. ſ. w., einen Theil ſeines baaren Vermögens aufopfern ſoll [102]).

Stehet nicht jenes Princip — kann man weiter fragen — ſelbſt mit den poſitiven Geſetzen im Widerſpruch, inſoferne dieſe als Regel verordnen: „die *Unkenntnis des Rechtes* verdiene eben ſo wenig Verzeihung, als

[102]) Weber, a. a. O. §. 5. pag. 54. Vorzüglichen Betracht verdient Borsts Darſtellung der Pflicht zu der Erſtattung der Proceſskoſten nach rationellen Grundſätzen, a. a. O. pag. 8. u. d. f.

als Nichtbekanntſeyn mit ſeinen eigenen Handlungen," dabei auch in Hinſicht auf fremde Handlungen, will man aus dieſen ein Recht ableiten, eine *genaue* Nachforſchung zur Pflicht machen [193]?

Jene

[193]) L. 9. Dig. *de juris et facti ignorantia* 22. 6. L. 42. Dig. *de regulis juris.* 50. 17. Die Anfangsworte dieſes bündigen, jedoch vorzüglich auf den *Römiſchen* Proceſs zu beziehenden, Geſetzes: „*Qui in alterius locum ſuccedunt, juſtam habent ignorantiae cauſam, an id, quod peteretur, deberetur,*" ſagen wohl *zunächſt* nur ſoviel: in der Litisconteſtation iſt dem Beklagten erlaubt, zu antworten: *ich weiſs nicht*, ob mein Erblaſſer u. ſ. w. *Klar* folgt hieraus noch nicht, daſs, beweiſet der Kläger vollkommen, der Beklagte in die Unkoſten *nicht* zu verurtheilen ſey. Denn inſoferne ſcheint er an der Stelle des verſtorbenen Schuldners zu ſtehen, und alles dasjenige leiſten zu müſſen, was ſolcher bei dem Ausgange des jetzigen Proceſſes zu leiſten haben würde. Der *Erblaſſer* wird, könnte man ſagen, *in dem Erben* verurtheilt, und das bloſse Leugnen oder *Nichtwiſſen* iſt keine des Gegners vollbewieſene Behauptung trübende Vertheidigung. Doch hiervon unten.

Die nachfolgenden Worte: „*Haec ita de herede dicta ſunt, ſi cum eo agetur, non etiam ſi agat; nam plane qui agit, certas eſſe debet, quum ſit in poteſtate ejus, quando velit* ex-

Jene anscheinende Ungerechtigkeit und dieser vermeintliche Widerspruch wird verschwinden, wenn man folgende Grundsätze an die Spitze der Beantwortung jener Fragen stellt:

1) Der Staat würde einen Hauptzweck des Instituts der Gerichte, Sicherung der Privat-Rechte jedes einzelnen Bürgers, und Vermeidung öffentlicher und heimlicher Selbsthülfe, *selbst entgegen arbeiten*, wollte er die Rechtsverfolgung vor je-

experiri, et ante debet rem diligenter explorare et tunc agendum procedere," zeigen aber näher darauf hin, „dass die *ignorantia facti alieni* dann *keinesweges entschuldiget*, mithin auch keine Kostencompensation begründet, wann man jene fremde Handlung als Quelle eines Rechts oder einer Verbindlichkeit *behauptet*, und mithin *zu beweisen hat*; zugleich aber will jener Satz vorzüglich den Grund aussprechen: „wer eine Klage anzustellen beabsichtige, habe *mehr Zeit* den erforderlichen Unterricht vorher einzuziehen, als der *in jus vocirte* Beklagte zur Vorbereitung auf die *Litiscontestation*." Von selbst verstehet sich hierbei, dass dasjenige, was das Gesetz von dem Kläger sagt, auch auf den Beklagten anwendbar ist, insoferne dieser durch Einreden in die Verhältnisse eines Klägers eintritt. L. 1. Dig. *de exception.* 41. 1. L. 9. et 19. Dig. *de probationibus.* 22. 3.

jener Staatsanſtalt durch das ſtrenge Geſetz *erſchweren:* „das *geringſte* Verſehen *) eines ſtreitenden Theils ſolle dieſen zu dem Erſatz des Rechtsvertheidigungs-Aufwandes ſeines Gegners verpflichten.“

2) Dem Staat ſelbſt iſt daran gelegen, daſs jeder Unterthan ſein Vermögen *zu erhalten ſuche* [194]), und ſpricht daher auch durch die Geſetzgebung aus: „der ſich ſelbſt getreue Hausvater habe keineswegs die vollkommene Verbindlichkeit, auf ein aus beſonnenen Rechtsgründen im redlichen Glauben ſich zugeſchriebenes Recht *deshalb* leichtſinnig, *temere*, zu verzichten, weil er befürchten könne, die Verfolgung oder Vertheidigung jenes Rechtes werde einem Andern, welcher ebenfalls Anſpruch hieran macht, möglicher Weiſe Schaden zuziehen, vielmehr ſichere jenen Hausvater die aus dem Re-

*) Nämlich: in dem Entſchluſs, ein Recht, welches er bona fide ſich zuſchreibt, als Kläger zu verfolgen, oder als Beklagter zu vertheidigen.

194) „Expedit enim Reipublicae, ne ſua re quis male utatur.“ §. 2. Inſt. *de his qui ſui vel alieni juris ſunt.* 1. 8.

Resultat seiner Rechtsvertheidigung hervorleuchtende bona fides gegen die Vergütung jenes Nachtheils seines Mitbürgers [195].

3) Mit dem von dem Richter befundenen *Resultat* der Verhandlung einer juristischen Streitfrage, und *nur durch selbiges, in Verbindung mit den Entscheidungs-Gründen*, spricht sich zugleich aus, ohne daſs es eines vorherigen oder nachherigen *besondern* Beweises des Abseyns einer temeritas des Besiegten bedürfte,

a) ob der besiegte streitende Theil *solche Gründe* zu dem processualischen *Angriff*, oder zu der *Vertheidigung* auf dem *Wege Rechtens* hatte, welche das Vertheidigungs- oder Angriffs-Recht seines *Gegners* als *juridisch zweifelhaft*, insoferne also als *unvollkommen*, darstellen, und ob mithin

b)

195) Diesen Satz lehrt PAULUS klar genug in den Worten: *Nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum hujus periculi temere indefensum jus suum relinquere.* L. all. 40. Dig. *de hered. petit.* 5. 3., und *in diesem Geiste* sprechen die Gesetze: „*Abseyn* der temeritas, und *Daseyn* der bona fides, *befreit* von der *regelmäſsigen* Pflicht, dem siegenden Gegner die Processkosten zu erstatten.“

b) der *zurückgeschlagene Kläger*, oder der *überwundene Beklagte*, als rechtlicher Hausvater, um nicht *leichtsinnig* auf das streitige Recht zu verzichten, oder die ihm angesonnene Verbindlichkeit anzuerkennen, *im Gefolge der Pflichten gegen sich selbst*, sich aufgefordert finden durfte [196]), mit seinem Gegner in den Rechtskampf einzugehen — m. a. W. ob der zurückgewiesene Kläger, oder der besiegte Beklagte, in Hinsicht auf die Processführung in bona fide *) sich befande —

4) Mit dieser *aus dem Processresultat sich rechtfertigenden*, *objectiv* zu berechnenden, bona fides des Besiegten muss sich dessen Gegner, und der Staat selbst, nach der von der Vernunft ausgesprochenen Rechtsbilligkeit, um so mehr begnügen,

196) Auf *diesen* Gesichtspunkt läſst L. 24. §. 12. L. 26. Dig. *de damno infecto*. 39. 2. L. 1. §. 12. Dig. *de aqua rel.* 39. 3. sich anwenden.

*) d. h. eine *objectiv* aufgefaſste bona fides, gefolgert aus obigem *Process-Resultat*, nicht bloss abgemessen nach der subjectiven, vielleicht *nur einfältigen*, Ueberzeugung des Besiegten. §. 2. mit Note 213.

weil letzter nur das *förmliche* Recht zu gewähren vermag, und mit Zuverläſſigkeit nicht folgt, daſs dasjenige, was der Richter vermittelſt ſeiner Reflexion *für Recht erachtet*, dem *materiellen* Recht, dem *Willen* der Geſetze, auch *vollkommen* entſpreche *). Dabei iſt

5) das Princip: „bona fides ſichert gegen Erſtattung der Proceſskoſten," *nur auf diejenigen* Verhandlungen einer Partei zu beſchränken, welche in Hinſicht auf ihren geſetzlichen Zweck *ſo geeignet* wirklich unternommen wurden, daſs ſie nicht als ein an ſich betrachtet *untaugliches* und *verkehrtes Mittel* zu der beabſichtigten Rechtsverfolgung und zu des Richters Ausſpruch ſich darſtellen: „welche Partei das *materielle Recht* für ſich habe, und, im Gefolge der hierauf gerichteten juriſtiſchen Reflexion, den Sieg zugeſprochen erhalten, oder als überwunden verurtheilt werden müſſe."

§. w.

Wende man nun, von dem in dem vorigen §. unter 1 und 2 aufgeſtellten Standpunkt

*) *Archiv* für die civiliſt. Praxis v. G. M. und Schw. B. 1. Hft. 3. Abh. 23. §. 21. pag. 365.

punkt aus, ſeinen Blick unbefangen hin auf die Geſetze, *ſo wie ſolche dermalen beſtehen, und in naher oder ferner Zukunft mit allen angeſtrengten Verbeſſerungen beſtehen werden und können* — betrachte man das Inſtitut der Gerichte in ſeiner Wirkſamkeit — den Richter und ſeine Gehülfen in ihrer Thätigkeit — um überall die Merkmale *menſchlicher Unvollkommenheit* mit jener Staatsanſtalt verwebt zu finden. Jeder Staatsbürger *ſoll*, ſo *wollen* es die Geſetze, *dieſe kennen* [197]), oder, iſt er nicht ſelbſt klug und weiſe genug, Rechtsverſtändige um Aufſchluſs und Unterricht angehen [198]); allein ſo ſtark jene Forderung bei der Beſchaffenheit des *gemeinen Rechts*,

197) Der angegebene Grund, *warum* ein Rechtsirrthum nicht verziehen werde, cum jus finitum et *poſſit* eſſe, et *debeat*.“ L. 2. Dig. *de juris et facti ignor.* 22. 6., beweiſet und bewirkt leider nicht, daſs das jus auch *wirklich* finitum *ſey*. Wenigſtens hat die Erfahrung des *Neratii* gute Meinung bis jetzt nicht beſtätiget, und nach der Meinung eines Rechtsgelehrten erſter Claſſe ſoll ja die jetzige hochgelehrte Juriſten-Generation noch gar nicht fähig ſeyn, den traurigen Zuſtand zu verbeſſern.

198) L. 9. §. 3. Dig. *de juris et facti ignorantia.* 22. 6. L. 10. Dig. *de bon. poſſ.* 37. 1. L. 2. §. 5. Dig. *quis ordo in poſſ. ſervetur.* 38. 15.

Rechts, und *auch der Landesgesetze*, an sich schon ist, so wenig [199]) erheischt jenes hierunter die *höchste* Anstrengung, vielmehr erklären die Römischen Gesetze nicht undeutlich, dass, insoferne jemand *sein erworbenes Recht verfolge*, die Unkenntnis der Rechte ihm nicht zum Nachtheil gereichen solle [200]). Und hiermit stehet gewiss auch des Richters Amtspflicht in Verbindung, bei der Entscheidung eines Rechtsstreits die *Rechtssätze zu ergänzen und anzuwenden*, welche die Partei, oder deren Beistand, nicht, oder nicht gehörig angezogen hat [201]). Vereiniget man hiermit, dass bei der Processführung mit der blosen Rechtskenntnis *noch bei weitem nicht alles gethan ist*, sondern dass erst in der *Anwendung* der Gesetze auf das vorliegende Factum — in dessen *richtiger Auffassung*, *Erklärung*, und *Subsumtion* unter die nach der Absicht des Gesetzgebers zu der Entscheidung

199) Auch nicht bei der Kenntnis einer Thatsache. L. 6. et L. 9. §. 2. Dig. *de jur. et facti ignorantia.* 22. 6.

200) L. 7. Dig. ej. tit. 22. 6. Vergl. *Mühlenbruch* in dem Archiv für die civilist. Praxis von G. M. u. Schw. B. 2. Hft. 3. Abh. 35. §. 7. ff.

201) L. un. Cod. *ut quae desunt advocatis partium judex suppleat.* 2. 11. S. oben Abh. 3. §. h.

dung der aus jenem thatſächlichen Verhältnis hervorgehenden Rechtsfrage beſtimmten Rechtsnormen — die gröſste, von den Geſetzen ſelbſt anerkannte [202]), *durch Menſchenkraft nie zu beſeitigende* Schwierigkeit liegt, ſo wird man ſich juridiſch überzeugen können, daſs die Geſetze weit von der Vorſchrift ſich entfernt halten, dem auf dem Wege Rechtens Irrenden das *geringſte Verſehen* durchgehends zur Laſt zu rechnen, und ſelbiges, als eine ſchädliche Thätigkeit, auf die höchſte Spitze des Aquiliſchen Geſetzes zu ſtellen. Es wird ja ſelbſt dem Richter, welcher, als Repräſentant des Staates, doch wohl klüger und rechtserfahrner ſeyn ſoll, als der arme proceſſirende Landmann, der *Irrthum in der Anwendung der Geſetze auf die vorliegende Streitfrage* verziehen; denn das richterliche Product eines ſolchen Verſehens iſt der *Rechtskraft* fähig [203]), und die *imperitia*, welche eine

[202]) *Facti interpretatio plerumque etiam prudentiſſimos fallit.* L. 2. all. Dig. *de jur. et facti ignor.* 22. 6.

[203]) Cum prolatis conſtitutionibus contra eas pronunciat judex, *eo quod non exiſtimat cauſam, de qua judicat, per eas juvari,* non videtur contra conſtitutiones ſententiam dediſſe, ideoque ab ejus-

eine Klage auf Schadens-Erſatz gegen den Richter zu begründen vermag [294]), bezeichnet daher gewiſs eher eine *culpam latam*, als *leviſſimam*. Wehe den Richtern, wenn das *geringſte* Verſehen ſie zu dem Schadens-Erſatz verpflichtete [205])! So gewiſs der Staat durch eine ſolche Strenge bald von Richtern entblöſst werden würde, ſo gewiſs müſste der gröſste Theil der Staatsbürger ſich ſo gut als *rechtlos* erblicken, drohete ihnen das Geſetz: „wer die Staatshülfe auf dem Wege Rechtens anruft, oder es wagt, in dieſem Felde gegen einen Angriff ſich zu vertheidigen,

ejusmodi ſententia appellandum eſt *alioquin rei judicatae ſtabitur*. L. 32. Dig. *de re judicata*. 42. 1.

[204]) Pr. Inſt. de obligat, *quae quaſi ex delicto naſc.* 4. 5. L. 6. Dig. *de extraordinariis cognitionibus*. 50. 13. L. 5. §. 4. Dig. *de obligat. et action.* 44. 7.

[205]) Billiger, vielleicht zu billig, dachte Groenwegen ad prooem. cit. Inſt., indem er ſich dahin erklärt: „Sane periniquum forte et male ageretur cum judicibus, praeſertim cum ſubalternis, ſi *in tam difficili juris ſcientia*, in *tanta opinionum varietate rel.*, ipſi ſingularum cauſarum periculo tenerentur obnoxii; ſi quid forte iis per imprudentiam vel imperitiam excidat.“ Wohl aber darf man eine ähnliche Sprache in Rückſicht auf die ſtreitenden Theile führen.

gen, der muſs das *geringſte* Verſehen, den *geringſten* Rechtsirrthum, mit dem Erſatz alles dem Gegner durch die Rechtsverfolgung veranlaſsten Schadens büſsen!“ Wem durch dieſe Perſpective auch noch in die Augen und auf das Herz fiele, daſs er ſich in die Arme eines, vom Staats ihm aufgenöthigten, oft nur ſo genannten, Rechtsbeiſtandes werfen muſs, um mit dieſem Lootſen, deſſen Sprache er nicht einmal ganz verſtehet, durch die Scheeren der Formalien, Fatalien aller Art u. ſ. w.: mit einem ſilbernen und goldenen Ruder ſich zu winden — wer die Richter — wie ſie *der Regel nach* ſind — in das Auge faſst, und in ihnen Menſchen erblickt, welche, bläſet man den Nimbus der Präſumtion von dem gelehrten Scheidel, gewöhnlich mehr in den Rechtsirrthümern, als in den Rechtsrichtigkeiten geübt ſich darſtellen — wer es bedenkt, daſs die Adamität ſelbſt der erlauchten Staats-Obergerichte, und der erleuchteten Facultäten berühmter Rechtswiſſenſchafts-Anſtalten, ſo bündig ſich ausſpricht, daſs derſelben Rechtsweisheit aus *einem und demſelben* Rechtsfall die *heterogenſten* Reſultate zu conſtruiren vermag, nachdem vielleicht ſogar jedes einzelne Mitglied eines ſolchen Rechtskörpers ein ſelbſt-

ſtän-

ſtändiges Product dorther zu demonſtriren wuſste — der wird von dem Eingang in dieſen Irrgarten ſich zurückgeſcheucht fühlen, und lieber, *propter metum periculi, temere jus ſuum indefenſum relinquere* [206]). Wie wollte z. B. derjenige einen Rechtsgang vor Gericht wagen, welcher, obgleich von der Wahrheit des factiſchen Grundes ſeines Anſpruchs überzeugt, doch zum Beweis dieſes Anſpruchs-Grundes nur *Einen* Zeugen hat, dabei aber zum Voraus berechnen kann, läugnet der Gegner, und findet der Richter, mit Grund oder Ungrund, irgend einen Tadel an jenem Beweismittel, ſo wird dem Producten der Reinigungs-Eid zuerkannt, und, ſchwört er dieſen, der redliche, *als ſolcher* durch die Ausſage des Zeugens *gerechtfertigte*, Beweisführer nicht blos in der Hauptſache beſiegt, ſondern neben dieſem harten Schickſal auch noch für ſchuldig erachtet, den juriſtiſch verdächtigen, *durch einen Reinigungs-Eid ſiegenden*, Gegner ſämmtliche Proceſskoſten zu erſtatten [207])? Eben ſo wird der Beklagte, wel-

[206]) L. all. 40. Dig. *de hereditatis petitione.* 5. 10.

[207]) So will es Weber, a. a. O. §. 12. pag. 124. u. d. f. Man ſollte kaum träumen, daſs neue Geſetzgebungen dieſer Härte beypflichten könnten! *Bequem* iſt ſie — aber *ungerecht.*

welcher eine erhebliche zerstörende Einrede fast zur Hälfte redlicher Masen zu erweisen im Stande wäre, diese, hat er obige Perspective eines dem läugnenden Kläger zur Entkräftung berechtigenden Reinigungs - Eides vor sich, die Einrede *eher gänzlich verlassen* und sein Eigenthum *dem Kläger Preiss geben*, als durch dieselbe auch noch einen bedeutenden Geldaufwand mit verdoppelter Gefahr dem Zufall, der Laune des Richters, und dem Gewissen des, der begründeten Ueberzeugung seiner, des Beklagten, nach, unredlich läugnenden, Gegners aussetzen wollen. Und ist es nicht traurig, wann der Bürger, indem solcher ein Recht verfolgen will, jedoch unterrichtet wird, die ganze juridische Welt seines Staates befände sich in einer, von diesem authorisirten, heftigen Fehde über die jetzt ihn treffende Rechtsfrage, auf jenes *deshalb* verzichten und aus seinem Rechtsgebiet flüchten soll, weil es *den Gesetzen gemäss sey*, dass er, von einer ihm ungünstigen *Meinung* überwunden, nicht nur seine eigene Curkosten und Schmerzengelder bezahle, sondern auch dem siegenden Gegner, welcher zufällig den Wind gewinnen könne, allen Aufwand des vom Staate selbst angefachten Krieges Rechtens vergüte

te [208])? Um der Wirkung eines *ſolchen* Staatsſchutzes zu entgehen, wird der in ſeinem Recht, nach ſeiner redlichen, von öffentlichen Rechtsconſulenten befeſtigten, Ueberzeugung, geſtörte Unterthan *die Selbſthülfe zurück wünſchen*, oder zu andern unerlaubten Mitteln, Schaden von ſich abzuwenden, ſich hingezogen finden — ſelbſt die Moralität wird auf dieſem Wege untergraben. Iſt alſo die Geſetzgebung ſo *unmächtig*, daſs ſie die Mängel und Unvollkommenheit der gerichtlichen Rechtsverfolgung zu tilgen nicht vermag, ſo darf ſie wenigſtens nicht ſo *ungerecht* ſeyn, die *Folgen jener Unmacht nur demjenigen beſiegten Theil aufzubürden*, welcher, hätte es der launigen Rechtsgöttin gefallen, eben ſowohl als gekrönter Sieger von dem Kampfplatz hätte abtreten können.

Es iſt daher ſo *ungerecht*, als *politiſch unklug*, den Unterthan durch eine zu hohe Strenge von den Gerichtshöfen *abzuſcheuchen* und die Ueberzeugung in ihm zu erwecken, „es ſey vortheilhafter, ein den äuſseren Formen nach nicht vollkommen klares Recht ſofort aufzugeben, und ſein Vermögen

208) Auch dieſes hält Weber a. a. O. §. 9. pag. 75. u. d. f. *für vollkommen rechtlich.*

gen lieber dahin zu schleudern, als der Gerechtigkeit unter die Augen zu treten“ [209]).

§. 2.

[209]) Es hält zwar WEBER, a. a. O. §. 9. pag. 77. dafür, „wenn der verlierende Theil in concreten Fällen Entschuldigung und sogar Bedauern verdiene, so müsse man ihn als Opfer der Regel betrachten;“ und die Aeusserung der Gesetze: jura non in singulas personas sed generaliter constituuntur, L. 8. Dig. *de legibus*. 1. 2. soll diese Strenge rechtfertigen. Allein diese Regel schliesst ja nicht aus, sondern fasst vielmehr in sich, dass die Gesetze von der Vorschrift: „der Besiegte erstattet die Unkosten,“ die *eben so allgemeine*, nicht auf *einzelne Subjecte*, sondern *auf den ganzen Complex aller Gesetzuntergebenen* berechnete, *Ausnahme* aufstellen können: „es ergäbe sich denn des Ueberwundenen bona fides *aus den Acten*.“ Sollen denn die Gesetze aus einigen Dutzend eiserner Stäbe bestehen, an welche alle menschlichen Verhältnisse sich anschmiegen müssen, würden auch diese durch jene unbiegsamen Massen elend verkrüppelt? Der *Richter* darf zwar das Gesetz nicht biegen und beugen — der *Gesetzgeber* aber muss es den *physischen und moralischen Kräften* der Staatsbürger *anpassen*, und *nach diesen es moduliren*. *Wozu* denn sonst die verschiedenen Grade der Culpa in den verschiedenen Rechtsgeschäften? Warum spricht das Gesetz nicht schlechthin die allgemeine Regel aus: wer seinem Mitbürger, sey es auch nur

aus

§. z.

Unterstellt man hiernächst den §. v. nr. 3. geformten Grundsatz, so wird es auch in Rücksicht auf den Sieger vollkommen rechtsbillig erscheinen, diesen in *den* Fällen zu der Uebernahme der von ihm auf die Ueberwindung seines Gegners verwendeten Unkosten für verbindlich zu achten, in welchen das von dem Richter befundene *Resultat des Processes in Verbindung mit den der richterlichen Reflexion vorgeschwebten* **Gründen** *jenes von ihm, dem Richter, abstrahirten und ausgesprochenen Resultats* zugleich ausspricht: „des *Siegers* Recht erscheint nicht in *klarer Vollkommenheit und Reinheit.*" Wird der Sieg mit dem *Nothbehelf**) eines Erfüllungs- oder Reinigungs-Eides *bedingt*, so *erkennt ja der Richter hierdurch zugleich an*, dafs der Besiegte *gesetzlich wirksame* Gründe hatte, dem Angriff seines Gegners sich entgegen zu stellen. Hiermit spricht der Richter zugleich aus, „es sey

aus dem geringsten Versehen, in und aufser Vertragsverhältnissen, positiv oder negativ thätig, einen Schaden zufügt, der soll diesen erstatten? *Wozu* die grofse Zahl von Beschränkungen der allgemeinen Gesetze in allen Rechtsgeschäften?

*) *Archiv* für die civilist. Praxis. B. 1. Abh. 3. pag. 51. f. lit. a. u. Note *) pag. 52.

ſey wenigſtens eine bona fides auf der Seite des Beſiegten, und es ſey dieſem die durch ein *richterliches Verlegenheits-Recht* entkräftete Vertheidigung, oder reſp. der auf jene Weiſe abgeſchlagene Angriff, nicht zu verargen.“ Wahr iſt es, daſs der unvollkommene Beweis, wird ſolcher durch den Ergänzungseid qualificirt, *nunmehr* eine, als vollkommen *fingirte*, juridiſche Wahrheit herſtellt, ingleichen, daſs durch die Ableiſtung eines Reinigungs-Eides das gegen den Schwörenden begründet geweſene Indicium*) der ihm von dem Gegner zugerechneten Verbindlichkeit wieder erliſcht, mithin, von jetzt an, der Richter *erachten* muſs, „es ſey jene Verbindlichkeit juriſtiſch nicht vorhanden“; allein, wenn nun auch jenes oder dieſer *in Hinſicht auf die Hauptſache* zur Folge hat, daſs der zur Erfüllung ſchwörenden Partei *das ſtreitige Object* präſtirt werden, oder verbleiben, der eidlich ſich reinigende Kämpfer aber von *deſſelben Leiſtung*, oder *Anerkennung*, frei geſprochen werden ſoll, ſo vermag es doch keins von beiden, *den unentkräfteten und feſtſtehenden Umſtand aus den Acten zu löſchen*, daſs der

*) Es verhält ſich hiermit in dem Civilproceſs, dem *Grund* des Reinigungs-Eides nach, eben ſo, wie in dem Strafproceſs. Vergl. Note 211.

der Richter der *Unvollkommenheit des Beweises* eines Siegers jener Art aus dem Grunde *zu Hülfe kommen musste* [210]), damit der Rechtsstreit *doch einen Ausgang gewinne*, und die Ruhe in dem Rechtsgebiet der beiden Streiter hergestellt werde. Ein solcher Beweisführer hat doch dem Gesetz eine *volle* Genüge

210) Von *dem Moment aus*, wo des Richters Reflexion *zu dem Zweck* thätig wird, um die beendigten Verhandlungen der Parteien unter das Gesetz zu stellen und auszusprechen, „welcher der Sieg gebühre, und *wie*, ob *bedingt* oder *unbedingt*," muss auch zugleich die mala oder bona fides des Besiegten erwogen werden, nicht erst *nachher*, von *dem* Zeitpunct an, wo das Resultat der richterlichen Reflexion ausgesprochen und resp. purificirt worden ist. Das *nunmehr* sich ergebende Resultat des *förmlichen* Rechts muss man auf jene seine *Quelle* zurückführen. War *diese* trübe, musste der *richterliche Zusatz* eines Eides sie *verbessern*, so kann *dieses* nicht als ein Theil der legalen Thätigkeit des auf jene Weise Siegenden in Anschlag kommen. *Die Feststellung des förmlichen Rechts hebt die Ungewissheit des materiellen Rechte nicht auf* — die *Controverse* z. B. *bleibt* im Allgemeinen *eine Controverse*, wenn gleich in concreto die eine der sie bildenden verschiedenen Meinungen *diesem* Rechtsstreit ein Ende macht. Jener *Entschuldigungs - Grund* des Besiegten ist *unauslöschlich*.

nüge *nicht geleistet*, und er kann es durchaus nicht ungerecht finden[211]), wann er jene, ihm nützliche, *Nothhülfe* des Richters mit der Uebernahme der seines Theils verwendeten Unkosten aufrechnen muss. In sofern und insoweit *siegte* der *Besiegte*, als der Sieger *von Gerichts wegen* *) *verurtheilt* wurde, *seinen Sieg durch einen Eidschwur zu erkaufen.*

Nicht mider stark leuchtet die *bona fides* des Besiegten *daraus* hervor, wann dem Richter, indem solcher über einen Streitpunkt ab-

211) Eine peinliche Anklage auf Leib und Leben ist doch gewiss ein wichtigeres und mehr Bedenken erforderndes Unternehmen, als der Versuch eines Civilklägers, das sich zugeschriebene Object auf dem Wege des Processes zu erhalten, und dennoch spricht das Gesetz den Ankläger dann von der Erstattung der Unkosten frey, wann der Angeklagte im Gefolge der von jenem nachgewiesenen Indicien einem Erforschungs-Mittel der Wahrheit sich unterwerfen musste. C. C. C. Art. 61.

*) *Anders* verhält es sich mit dem *angetragenen* Eid — *Schiedeseid* — Martin §. 213. Dieser Eid gehet von der *Willkühr der Parteien* aus — juramentum *voluntarium* — u. begründet daher die Compensation der Unkosten keineswegs. S. unten §. cc. lit. d.

abſprechen, und in dem Nahmen des Staates erklären will, welchem der ſtreitenden Theile der Sieg gebühre," ſolche Gründe und Nachrichten aus dem Gebiete der Rechtsdoctrin vorſchweben, oder, als einem unterrichteten Juriſten ſich darſtellen *ſollten*, in Hinſicht auf welche er ſich ſelbſt bekennen muſs: „ein anderer, eben ſo kluger, vielleicht noch umfänglicher unterrichteter, Rechtsgelehrte würde den vorliegenden Rechtsſtreit, entweder in Hinſicht auf die Interpretation der mehrfarbigen factiſchen Grundlage oder in Betracht der auf dieſe anzuwendenden ſchwankenden Rechtsnormen, ohne den Vorwurf der Imprudenz befürchten zu müſſen, durch einen *andern*, als den von mir beſchloſſenen, *Rechtsſpruch* entſcheiden können, oder hat bereits auf eine andere, als die von mir für rechtlich erachtete, Weiſe öffentlich, aus bündigen Gründen über denſelben abgeſprochen." Sobald der Richter dieſe Sprache in ſeinem Innern reden hört, ſpricht auch zugleich die Stimme ſeiner Vernunft: „es iſt alſo dem Beſiegten *nicht zu verargen*, daſs ſolcher, *im Vertrauen* auf jene ihm beifällige That- oder Geſetz-Erklärung, das ſtreitige Recht verfolgte — es wäre ihm vielmehr zu verargen geweſen, hätte derſelbe der ſo ſcheinbar

bar ihm zuſtehenden Befugnis wie ein leichtſinniger liederlicher Hausvater ſich entſchlagen, ſie ſofort ſeinem anſprechenden Gegner auf der Opferſchale entgegenbringen, und nicht einmal durch des Richters Ausſpruch die Beruhigung ſich verſchaffen wollen, daſs er als aufmerkſamer Hausvater die Pflicht der Vermögensſicherung gegen ſich ſelbſt und ſeine Familie erfüllt habe." *Nicht ſo* zu denken, hieſse: den Staat bezüchtigen, dieſer dulte *deshalb* eine vielſeitige, aus einem Schwall reſp. unbeſtimmter, auch wohl ſich ſelbſt widerſprechender, mit väterländiſchen und von fremden Völkern zur Hülfe angenommenen Normen bunt vermiſchter Geſetze abgeleitete, dabei mit ſcholaſtiſcher und neuidealer Weisheit durchknetete, Rechtslehre, damit der Unterthan durch mit ausländiſchen Farben gemahlte *Trugbilder* irre geleitet und durch dieſe veranlaſst werde, die koſtbare Thätigkeit der Gerichte und Spruchcollegien in Bewegung zu ſetzen, inſonderheit aber dem Gerichtsherrn die in deſſen Etat in Anſchlag gebrachten Revenüen auf Koſten des Getäuſchten zu ſichern *).

Nein,

*) So hätte wenigſtens WEBER zu ſeiner Zeit fühlen und denken können. Und wo iſt denn das

Nein, der Staat muſs wiſsen, das ſeine Glieder aus *Menſchen* beſtehen und er ſelbſt nur eine moraliſche *Menſchen-Perſon* iſt; und wenn er alſo aus irgend einem Grund es nicht vermag, ſeinen Bürgern einen ſichern Richtſteig Rechtens anzuweiſsen, ſo begnügt er ſich mit der *objectiven* bona fides des auf eine *ſolche* Weiſe Abirrenden, welche den Zweifel übrig läſst, wär ihm zufällig ein anderer, als der von dem eingeſchlagenen Pfad ihn zurükweiſsende, Richter begegnet, ſo hätte er eben ſo wohl an das Sieges-Ziel gelangen können, als ſein mit ihm auf gut Glück wettlaufender Gegner es erreicht hat [212].

Wenn aber geſagt wird: das *Reſultat* eines Proceſſes, von *dem Punct* aus gerechnet, wo der Richter *deliberirt*, „was zu erkennen ſey," müſſe zugleich *als Beweis dienen*, „ob diejenige Partei, welche im Gefolge der beendigten, zu einem Beſchluſs gediehenen, richterlichen Reflexion als *beſiegt* anerkannt werden ſoll, *in mala oder bona fide ſich be-* *fun-*

teutſche Land, in welchem das jus auf einen hellen feſten Standpunct gehoben wäre? Haben etwann die Franzöſiſchen Geſetze dieſes vermogt? —

[212]) Vortrefflich erklärt ſich über dieſes Verhältnis Borst a. a. O. §. 16. pag. 40 u. d. f.

funden habe,“ ſo iſt hiermit zugleich ausgeſprochen,

1) daſs hierbei das richterliche Ermeſſen des Daſeins oder Abſeins des doli, oder wenigſtens einer culpa lata, *nur objectiv* verfahren muſs [218]) nicht aber *ſubjectiv*, d. h. nicht in Hinſicht auf die *perſönliche Qualität und Denkart* des Beſiegten; ingleichen

2), daſs *eine anderweite Erforſchung* jenes innern Zuſtandes des Beſiegten ausgeſchloſſen iſt.

Denn ſo wie die Entſcheidung des Rechtsſtreits überhaupt nur aus *den* factiſchen Verhältniſſen gezogen werden kann, wel-

218) Was *im Allgemeinen* als *äuſseres Merkmal* einer culpa lata anzuſehen iſt, das muſs gegen den Beſiegten zur Anwendung kommen, und wäre ſein Subject weit von dem Verlangen einer Ungerechtigkeit entfernt, und vielmehr von dem Wunſch beſeelt, ſeinem Gegner eher einen Vortheil zuzuwenden, als Schaden zuzufügen. Unterläſst er hierbei die Anſtrengung ſeines Erkenntniſsvermögens, oder hat er dieſes nicht ſo weit ausgebildet, um die Folgen ſeiner Handlung berechnen zu können, ſo wird jene ignavia und dieſe imperitia der mala fides gleich geachtet. In Civilſachen iſt *jede* Schuld *objectiv* zu berechnen.

welche die Parteien in den Acten vorgebracht und ausgesponnen haben *), so ist auch *nur dieses* die Grundlage für das richterliche Urtheil über das Vorhanden - oder Abseyn der juridischen bona fides des Besiegten, so dass jeder *anders woher* geschöpfte Grund [214]) für eine *entschuldigende* subjective Ueberzeugung des Ueberwundenen durchaus hinwegfällt. *Aus den Acten* muss des Besiegten in das Gebiet des dolus oder der culpa lata nicht gehörige Ueberzeugung von der Recht - und Redlichkeit seiner Rechtsverfolgung objectiv sich rechtfertigen — was *hier* zu diesem Behuf sich nicht vorfindet, das ist eben sowohl für die Wirkung des vorliegenden Processes verlohren, als jede andere Thatsache, welche auf die Entscheidung des Processes Einfluss haben können, jedoch an der gesetzlich angewiesenen Stelle in dem Laufe des Processes nicht vorgetragen und erwiesen wurde [215]).

§. aa.

*) S. oben Abh. 3. §. h. Verhandlungs - Maxime.

[214]) Z. B. von einer bekanten Gutmüthigkeit, Einfalt u. s. w. der Besiegten.

[215]) Nur von *diesem* Gesichtspunkt aus lässt sich das als gegründet annehmen, was Weber, a. a. O. §. 5. pag. 60. u. a. O. von der Unwirksamkeit

§. aa.

Dächte man sich aber auch in Rücksicht ad 4. §. v. eine menschlich vollkommene Gesetzgebung, so würde gewiss auch diese nicht ausser Acht lassen, dass selbst der Zweck und das Wesen des öffentlichen Instituts der Gerichte die Strenge der Weberischen Lehre ausschliesst. Es kann der Staat, so wie er nur *Menschen* regiert, auch nur *Menschen* als Richter anordnen. Gebe man nun dem klügsten Richter auch das möglichst bestimmte und klare Gesetzbuch als Quelle seiner Rechtssprüche in die Hand, so findet er doch in jener Urkunde die *tausendfachen thatsächlichen Fälle* und *factischen Verhältnisse* nicht verzeichnet, *auf welche* er den gedruckten Buchstaben *anwenden* soll. Dieses muss der Re-

keit des *Glaubens* einer überwundenen Partei vorträgt. Ein vager Köhlerglauber verdient freilich gar keinen Betracht, wohl aber derjenige Glaube, dessen Prämissen in den Acten so erwiesen vorliegen, dass hierdurch *selbst des Richters Ueberzeugung von dem Recht des Siegers sich trübt* und er seiner mit Rechtskenntnis ausgebildeten Vernunft zugestehen muss: auch ich würde an der Stelle des Ueberwundenen des Gegners Recht, aus der mir selbst schuldigen Treue, als rechtlicher Mann bezweifelt haben.

Reflexion seiner Vernunft überlassen werden — und so sind die Urtheile des Richters *zunächst nicht ein Product der Gesetze*, sondern ein Product *seiner subjectiven Verstandeskräfte* [216]), welche zwar ihre Nahrung aus dem Gesetz schöpfen, jedoch bei dem Besten und reinsten Willen, nicht selten einen falschen Becher ergreifen. *Eben deshalb*, um nicht einen Irrthum durch den zweiten, dritten, u. s. w. aufzuschwellen, gebote das Gesetz: auch der *irrige* Ausspruch des Richters soll ein *Zwangsrecht* und eine *Zwangspflicht* unter den Parteien begründen — die schwarze Farbe in weiss verwandeln — im Fall dieselben eine bestimmte Zeit lang gegen das Urtheil *schweigen* [217]), oder dieses *zweifach rein bestätiget wird* [218]). So, und in Hinsicht darauf, „dass auch des Richters Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der streitigen Thatsache, auf welche er das Gesetz anwenden soll, der Regel nach ihren Grund nur in sol-

216) Das dem Irrthum unterworfene Gefühl — Ermessen — des Richters arbeitet zugleich mit. Borst, a. a. O. §. 17. pag. 44. u. d. f.

217) Abh. III. §. b. not. 14. Martin, §. 109. u. 110.

218) L. un. Cod. *ne liceat in una eademque causa tertio provocare*. 7. 70.

ſolchen Erſcheinungen findet, welche noch weit von der Evidenz und der mathematiſchen Wahrheit entfernt bleiben, und welche es nicht vermögen, alle Zweifel der Vernunft zu verdrängen," producirt der Proceſs nur ein *förmliches* Recht [219]). Sind *deſſen* Bedingun-

219) Auch hier leſe man, was Borst, a. a. O. §. 16. ſchön und kräftig gegen Webers Meinung ſagt: „jedes richterliche Urtheil müſſe als das Reſultat einer ſorgfältigen und unparteiiſchen Prüfung betrachtet und dabey angenommen werden, der Beſiegte hätte das Rechtswidrige ſeines Streits eben ſowohl einſehen können, als es der Richter eingeſehen habe." Wie nun aber, wann der Richter durch das Erkenntnis auf einen Erfüllungs- oder Reinigungs-Eid *ſelbſt* ausſpricht: *er ſelbſt* habe das Unrecht des Beſiegten durch ſeine Reflexion *als unzubezweifelnd nicht anerkennen können* — wie, wann er in ſeinen Gründen bekennen muſs: andere Richter würden vielleicht den Beſiegten als Sieger anerkennen — wenn er nicht verneinen kann, das Geſetz, unter welches ich den Fall ſubſumirte, läſst auch für den Vortheil des Beſiegten ſich deuten? — Muſs nun dieſer dennoch, und zwar *deshalb* einen rechtswidrigen Proceſs geführt haben, weil dieſer zufällige Richter den Proceſs-Knoten zerhaut, und in Kraft ſubjectiver oder erborgter Weisheit ausſpricht: *ita jus eſto!* Iſt es nicht genug, daſs der auf eine ſolche

gungen vorhanden, so *muss* zwar der Richter, *als solcher*, sich für *überzeugt halten;* allein es wird ja hierdurch nicht ausgeschlossen, dass die Gesetzgebung zum Voraus verordne: „*trete jener allgemeinen und unvermeidbaren Unvollkommenheit des menschlichen Instituts der Gerichte auch das noch hinzu, dass selbst das förmliche Recht einer Nachhülfe bedürfe, oder als schwankend sich darstelle, so solle der Besiegte mit der Erstattung der Processkosten verschont werden.*“ Wollte der Staat das, was er durch Menschenkräfte nicht vermag, wollte er die Unfähigkeit, dem Staatsbürger in dem concreten Falle ein jedem Zweifel enthobenes Recht zu gewähren, durch die höchste Strenge gegen den Besiegten decken, so dürfte man dieses eine *harte Ungerechtigkeit* und eine *unkluge Verirrung der Gesetzgebung* mit vollen Grunde nennen.

Auch

che Weise Besiegte das Besiegtwerden *dulten* muss, — ist es einer weisen humanen Gesetzgebung angemessen, dass er *allein* jenem *selbst schwankenden, Autoritäten zur Hülfe rufenden,* Staatsrepräsentanten das *esto* bezahle? — Es ist wenigstens mehr als Waidspruch, wenn die Gesetze sagen: *in omnibus quidem, maxime tamen in jure, aequitas spectanda est.* L. 90. Dig. *de regulis juris.* 50. 17. L. 8. Cod. *de judiciis.* 3. 1.

Auch wird — um ad nr. 5. §. v. zurück zu sehen — der Anschein einer Härte gegen den *siegenden* Theil noch mehr verschwinden, wenn man das Princip der legalen Kostencompensation auf *solche* Verhandlungen der Parteien beschränkt, *welche bezweckten, und geeignet waren, den Richter von der Lage des streitigen Rechts in dem Verhältnis zu beiden streitenden Theilen zu instruiren*, hingegen aber aus jenem Gebiete jede solche negative oder positive Thätigkeit hinwegziehet, die *auf den gedachten Zweck ihrer Natur nach gar nicht hinarbeitet.* So müssen z. B. die durch den einseitigen *Ungehorsam*, oder ein *Versäumnis*, entstehenden Unkosten immer nur dem *Ungehorsamen* und *Säumigen* [220]) und zwar selbst dann, wann er *ganz schuldlos*

[220]) L. 15. Cod. *de judiciis.* 3. 1. L. 4. pr. Cod. *de fruct. et litium expensis.* 7. 51. Weber, a. a. O. §. 3. *e.* pag. 24. u. d. f. §. 14. pag. 147. Es ist nicht nothwendig, diese Art der Unkosten mit Glück, in der Erl. der Pandecten Thl. III. §. 255. als eine wirkliche *Strafe* anzusehen, wenn gleich selbige die *poena generalis contumaciae* genannt zu werden pflegt. Martin, §. 118. Schaumburg, in princ. prax. jud. Lib. I. Sect. I. Mbr. II. Cap. I. §. 3. Denn insoferne der Säumige seinen Gegner und den Richter zu einer Thätigkeit veranlaſst,

los wäre, *deshalb* zur Laſt fallen, weil aus dem Verſäumnis ſelbſt, in Hinſicht auf das Material der Hauptſache, ein die Proceſsführung des Ungehorſamen als redlich rechtfertigender Grund *nicht hervorgehen kann*, vielmehr, müſste die negative Thätigkeit auch nicht als ein *Zeichen der malae fidei* angeſehen werden [221]), und lieſse ſelbige ſogar als *Zufall* ſich entſchuldigen, immer nur ein *in Anſehung der Beleuchtung der Streitfrage ſelbſt fruchtloſes Ereignis* ſich darſtellt, wel-

laſst, welche den Hauptzweck der Ausmittelung des ſtreitigen Rechts zu befördern nicht vermag, ſondern nur einen in jener Hinſicht *vergeblichen* Act zur Folge hat, dieſer aber einen beſonderen Aufwand erfordert, iſt er als deſſen Urheber zu betrachten, und mithin, weil er zwangspflichtig war, dergleichen Handlungen zu vermeiden, für verbunden zu achten, jenen *illegal zugefügten Schaden* zu erſtatten.

221) Muſs im Gefolge eines Ungehorſams oder Verſäumniſſes die Partei, welche deſſen ſich ſchuldig macht, für in der Hauptſache *überwunden* anerkannt werden, z. B. weil der obliegende Hauptbeweis in der vorgeſchriebenen peremtoriſchen Friſt nicht angetreten wurde, ſo folgt von ſelbſt, daſs gegen den auf jene Weiſe Beſiegten die Vermuthung einer mala fides wirkſam wird, und er alſo in die Unkoſten der Hauptſache zu verurtheilen iſt.

welches, wie der Zufall überhaupt, nur *demjenigen* nachtheilig werden darf, welchen er trifft [222]), ohne daſs jedoch dieſem die auf Entſchädigung abzweckenden Rechtsmittel *gegen den jenen Zufall ſchuldlich veranlaſſenden Dritten* abgeſchnitten wären. Daher muſs der gegen ein Verſäumnis im Laufe des Proceſſes aus irgend einem Grund Reſtitu-

[222]) Es hält zwar Borst a. a. O. §. 27. pag. 72. dafür, „ſey die eine obgelegene Handlung nicht vollziehende Partei *ganz ohne* Schuld, ſo müſste der den Gegner hierdurch ihm veranlaſsten Koſten-Aufwand als einen *ihn treffenden* Zufall betrachten.“ Allein da ſolche Ereigniſſe nur eine Wiedereinſetzung in den vorigen Rechtsſtand begründen, da jene Unkoſten *eine Folge* des *den Verſäumenden treffenden Zufalls* ſind, ſo fallen ſie ſämmtlich dem letztern um ſo mehr zur Laſt, weil die Folgen der mora durch die phyſiſche Unmöglichkeit, eine obliegende Verbindlichkeit zu erfüllen, nicht beſeitiget werden. Exerc. ad doctr. de culpa. Faſc. I. exerc. I. §. 13. not. 2. et 1. pag. 24. u. d. f. u. d. dort. Geſetze. Hat jedoch das Verſäumniſs keinen Einfluſs auf den ungehinderten Fortgang des Proceſſes, ſo wird das Erkenntniſs über die Unkoſten dieſes Punktes bis zu der Definitiv-Sentenz in der Hauptſache mit ausgeſetzt. Hommel, in der Anleitung Gerichtsacten zu extrahiren u. ſ. w. §. 101. lit. a.

tuirte sämmtliche, durch das Gesuch um Ertheilung dieser Rechtswohlthat so wie durch das deshalbige Verfahren und Erkenntniss veranlasste, Unkosten allein übernehmen [223]), in soweit nicht der Gegner durch *offenbar recht- und scheinlose Gründe* jener Imploration, deren Beseitigung *vergeblich verzögernd*, sich entgegen stemmte, oder vielleicht gar, wie wenigstens *denkbar* ist, den Imploranten durch eine erwiesene Chicane in die Nothwendigkeit versetzte, um Wiedereinsetzung in den vorigen Rechtsstand zu bitten.

Eben so wenig kann derjenige auf Kostenvergleichung Anspruch machen, welcher dem

223) Wernher, in select. obs. P. IV. obs. 113. Leyser, in Medit. ad Pand. Spec. 57. medit. 3. In Hinsicht auf die Restitutions-*Klagen* treten die allgemeinen Principien ein von der Verurtheilung in die Processkosten oder deren Kosten-Compensation. Denn sie begründen einen selbstständigen Rechtsstreit. §. dd. Schmidt, in dem Lehrb. v. ger. Klag. und Einreden. §. 144. Glück, a. a. O. Thl. V. §. 442. a. E. Das in manchen Ländern übliche *ordentliche* Rechtsmittel der Restitution (Martin, §. 268. not. q. u. §. 285. not. m. Archiv f. d. civilist. Praxis. B. 4. Abh. 12. §. 8. pag. 146.) fällt gleichsam unter die allgemeinen Grundsätze. S. unten §. dd.

dem eingeleiteten Process wieder *entsagt* [224]), oder das seither Verhandelte *fallen läst*, oder auch

[224]) D. h. auf das Streitobject *einseitig*, *ohne Vergleich* mit dem Gegner, *Verzicht leistet*, oder, ist der Entsagende der beklagte Theil, des Klägers Recht *unbedingt anerkennt*. In beiden Fällen muss der Verzichtende den Folgen des verlornen Processes sich unterwerfen, er ist *für immer* besiegt. *Postquam enim liti de praedio motae renunciasti, causam finitam instaurare posse nulla ratio permittit.* L. 4. Cod. *de pactis.* 1. 3. Von selbst folgt also, dass der auf jene Weise *Entsagende* als temere litigans zu beurtheilen, L. 10. pr. Dig. *de judiciis.* 5. 1., mithin verbunden ist, seinem Gegner alle Unkosten und Schäden zu vergüten. Martin, §. 309. Weber, a. a. O. §. 14. not. 10. u. d. d. Lit. Dieses ist jedoch nicht anwendbar auf den Successor singularis, welcher den von seinem Autor geführten Process *nicht aufnehmen und fortsetzen will.* Ein solcher Nachfolger muss zwar, will er nicht fortstreiten, des Gegners *Recht* anerkennen, z. B. die streitige Servitut auf dem erkauften Grundstück dulten, ist aber dem zeitherigen Gegner des Verkäufers zum *Kosten*- oder *Schadens-Ersatz* nicht verbunden. Schaumburg, in pr. prax. jud. Lib. I. Sect. II. Cap. VIII. §. 6. Kind, in qu. for. T. III. Cas. 62. Mencken, in proc. Tit. XVII. §. 8. Eine zweite Ausnahme dürfte in dem §. bb. lit. C. als Grund der Kostencompen-

auch einzelne Verhandlungen *wieder einziehet*, oder durch *Nachträge verbessert*; sondern, *insoweit* derselbe das, was seither verhandelt wurde, *zurücknimmt*, oder *verbessert*, oder vermöge eines richterlichen Decretes *verbessern muss*, damit es für die Instruction der Streitfrage tauglich werde, *insoweit* fallen

pensation angeführten Fall eintreten, insoferne der die *fremde* Handlung verneinende Theil im Laufe des Processes erklärt, „er habe sich *nunmehr* von der Wahrheit der streitigen Thatsache überzeugt, und wolle *deshalb* seinen Widerspruch aufgeben." Will man annehmen, von einem *solchem* Fall spreche die L. 5. §. 1. Cod. 7. 51. in den Worten: „*Si quis conventus bona fide solverit*," so ist wenigstens keine Inconsequenz zu befürchten, vielmehr auch andern Gesetzen es angemessen. L. 10. Dig. *de judiciis*. 5. 1. Auch läſst sich jenes auf den *Kläger* anwenden, insoferne man unterstellt, dieser habe das der *Einrede* seines Gegners zum Grund liegende *fremde* Factum in Abrede gestellt, in der Folge aber, vermöge besseren Unterrichts, dasselbe eingeräumt, und hierdurch die Entkräftung seiner Klage anerkannt. Weber, a. a. O. Allein, daſs die Worte der angezogenen L. 5. Cod. „*aut actor lite destiterit*," auf jenen Fall sich bezögen, ist dennoch zu bezweifeln. Zum Theil anderer Meinung sind Emmrich, a. a. O. §. 34; Schmidt, g. Phiseldeck, a. a. O. §. 18.

len ihm die *hierdurch* entstandenen und entstehenden Processkosten ausschliesslich zur Last. [225]).

Noch

225) Von dem not. 224. erwähnten *Verzicht auf die Rechtsverfolgung selbst*, von der *Entsagung des Processes*, ist sehr verschieden das blose *Fallenlassen der seitherigen Verhandlungen*, in der Absicht, um dem Process mit einer *andern, besser geformten*, oder *anders begründeten*, Klage zu *erneuern*. In wieweit dieses erlaubt sey, in wieferne es gestattet ist, die seitherigen Verhandlungen *abzuändern*, oder *zu verbessern*, gehört nicht hieher. M. s. MARTIN, §. 100. Erlauben aber auch die Gesetze jenes oder dieses, oder wird auch nur eine *Erläuterung* verschuldeter Zweideutigkeiten u. dergl. unternommen, so folgt von selbst, dass der *Gegner* hierunter nicht leiden kann, sondern dass solchem die auf die frühern, wieder eingezogenen, Verhandlungen aufgewendeten Unkosten *vorerst*, ehe er verbunden ist, *auf das neue Einbringen zu antworten*, erstattet werden müssen, DANZ, in den Grunds. des ordentl. Processes. §. 503. BOEHMER, in princ. jur. can. §. 750. SCHAUMBURG, l. c. Lib. I. Sect. I. Mbr. I. Cap. I. §. 14. not. **. et ***., so wie ihm diejenigen zu vergüten sind, welche durch eine Verbesserung oder Erläuterung entstehen. Denn dort und hier liegt eine Unvorsichtigkeit des abändernden oder verbessernden Theils zum Grund, wenigstens eine will-

 kühr-

Noch mehr ist dieses der Fall, wann der Vortrag einer Partei als *zwecklos*, *inept*, *irrelevant*, zurückgeworfen wird [226]); es wäre denn,

kührliche, nur seinen Vortheil bezweckende, Handlung. *Factum autem cuique suum non adversario nocere debet.* L. 155. Dig. *de regulis juris.* 50. 17. L. 25. §. 2. in fine Dig. *ad Sctm. Trebell.* 36. 1.

226) Z. B. die Klage wird aus irgend einem Grund als angebrachter Masen unstatthaft verworfen, der Beweis als irrelevant, das Rechtsmittel wegen Unerheblichkeit der Beschwerden, oder als schon an sich betrachtet unzulässig. Auch kann man dahin rechnen alle nutzlose *Erweiterungen* des Processes, durch Ausschweifungen auf solche Thatsachen u. s. w., welche auf die Entscheidung der Sache selbst, oder eines statthaften Nebenpunkts, keinen Einfluss haben. L. 21. Cod. *de probationibus.* 4. 19. Verweben sich jedoch dergleichen Einstreuungen und Erweiterungen mit anderen zweckfördernden Verhandlungen, wird jenes Irrelevante u. dergl. im Gange des Processes nur nebenbey durch Interlocute geschieden und ausgeworfen, z. B. bei dem Beweis ein Theil der Fragstücke, der Artickel, der Beweismittel u. s. w., so stellt der Richter das Erkenntniss über die durch jene Streitpunkte mit aufgelaufenen Unkosten bis dahin aus, wo über die Unkosten der ganzen Sache, §. d. nr. 3. pag. 195., zu erkennen ist. Mit diesen haben sie

denn, daſs es *als rechtsſtreitig* anerkannt werden müſste: *ob* ein ſolcher Vortrag für inept erkannt werden *könne?* Denn in dem letztern Fall iſt zugleich auch die *Rechtsfrage* „ob nicht ein zu Recht beſtändiger Proceſs auf jenen Vortrag der zurückgewieſsenen Partei ſich gründen laſſe?“ auf eine ſolche Weiſe rechtsſtreitig, welche in Rückſicht auf das Material der Hauptſache die bona fides des in ſoweit nur *ſchwankend* Beſiegten zu dem Behuf der Koſtenvergleichung vollkommen rechtfertiget [227]). Endlich iſt Koſtencompenſa-

ſie dann gleiches Schichſal; beſonders weil es an ſich betrachtet kein Merkmal der malae fidei iſt, die Hauptſache durch, wie man glaubt adminiculirende, Nebengründe zu ſtützen. Anders verhält es ſich, wann jene nutzloſe Unternehmungen *abgeſonderte* Verhandlungen veranlaſſen, und mithin den Character einer leichtfertigen Verzögerung annehmen. Jene durch eingeſtreute Erweiterungen mitauflaufende Unkoſten auf Rechnung des *Richters* zu ſchreiben, *Borſt*, a. a. O. §. 28. pag.74. u. d. f., dürfte um ſo ſchwieriger ſeyn, als er im Zweifel das Gehör der Parteien nicht beengen darf. Auch hebt dieſer Schriftſteller ſeine Meinung dadurch vonſelbſt auf, daſs er des Richters *Irrthum im Verſtande* für *ſchuldfrey* erklärt.

227) Man ſehe z. B. hin auf die Streitfrage: ob in

ſation vorzüglich in den Fällen ausgeſchloſſen, wo der Vortrag einer Partei *als an ſich betrachtet ſchlechthin unſtatthaft*, nicht einmal einer Verbeſſerung fähig [228]), oder als eine *noch nicht reiſe* Rechtsverfolgung [229]), oder

in dem *Executiv*-Proceſs die exceptio non numeratae pecuniae mit der römiſch-rechtlichen Wirkung einer klaren Schuldſchrift entgegengeſetzt werden könne, die noch nicht das Alter von zwei Jahren erreicht hat? Diejenigen, welche dieſe Frage bejahen, werden eine blos auf jenes Document gegründete Klage als angebrachter Maſen unſtatthaft verwerfen, andere hingegen, welche in dem Hülfsproceſs jene, dieſer teutſchrechtlichen Verfahrungsart nicht angemeſſene Ausflucht eines nur zur Hülfe recipirten fremden Rechts ausgeſchloſſen wiſſen wollen, finden kein Hinderniſs, den Beklagten zu verurtheilen. In jenem erſten Fall, und in allen ähnlichen Fällen, iſt es dann vollkommen rechtlich, die Unkoſten zu vergleichen. M. ſ. §. bb. lit. D. Hommel, in Rhapſ. qu. for. Obſ. 133.

228) Z. B. das an ſich betrachtet klare Factum der Klage, wäre es auch vollkommen wahr, *begründet keine Verbindlichkeit — kein Klagrecht* — ſo daſs ſchlechthin das Erkenntniſs erfolgen muſs: *Klägers Suchen finde nicht Statt.* Martin, §. 141. u. 163. Meine Anleitung zur gerichtl. Praxis. §. 55. Note 56..

229) Vorzüglich alſo bei der pluris petitio *tempore*, wann

oder als eine *unbegründete Verzögerung* des Processes, befunden [230]) und aus solchen Gründen erkannt wird, neben welchen andere die des Zurückgewiesenen Unternehmen zu entschuldigen vermögten, aus den Acten und der Rechtslehre der richterlichen Reflexion sich nicht darstellen. [231]).

§. bb.

Wenn man nun folgert und voraussetzt:

1) die Lehre von den Processkosten, deren Erstattung und Compensation, *ist in das Gebiet der Lehre von dem Schadens-Ersatz zu verweissen* —

2) die Grundregel: „*der Besiegte trägt und erstattet sämtlichen nothwendigen Aufwand auf den für ihn verlornen Rechtsstreit,*

wann das Erkenntniss erfolgt: *Klägers Suchen finde noch zur Zeit nicht Statt.* Martin, §. 136. Danz, §. 74.

[230]) Dahin gehören alle expensae litis retardatae, im weitesten Sinne, §. dd. Abh. nr. 2. mithin nicht blos diejenigen, welche ein für unbegründet befundenes Rechtsmittel gegen ein richterliches Erkenntniss veranlasst hat.

[231]) Auch hier können erhebliche Rechtszweifel eintreten, „ob nicht die Verzögerung sich entschul-

ſtreit," ſtehet dortbei dergeſtalt *an der Spitze* [231]), daſs zwar

3) aus dem Beſiegtwerden die *Rechtsvermuthung* hervorgehet, „der Beſiegte habe eine ungerechte Sache *wiſſentlich*, wenigſtens *aus grober Ignoranz*, vor Gericht gebracht, oder hier vertheidiget" daſs jedoch dieſe Präſumtion

4) durch ſolche, *in den Acten als erwieſsen vorliegende*, *Momente* entkräftet und aufgelöſst wird, welche der Reflexion des das Erkenntniſs dorther ſchöpfenden Richters *entgegen treten*, und ihm die Ueberzeugung abnöthigen: *es erſcheine die* von

ſchuldigen laſſe — ob nicht Gründe vorliegen, welche eine temeritas des verzögernden Theils *ausſchlieſsen*. — So oft über einen Koſtenpunkt zu erkennen iſt, müſſen die §. bb. erwähnten Gründe der Compenſation, vorzüglich der unter lit. D. angeführte Grund, in Erwägung gezogen werden. Daher können auch dann, wann ein richterl. Erkenntnis *beſtätiget* wird, die Unkoſten dieſer Inſtanz *dennoch* verglichen werden. Oelze, a. a. O. §. 319. Hommel, a. a. O. §. 100.

232) Dieſes haben ſchon viele früher als Weber behauptet. Oelze, a. a. O. §. 286. Claproth, in dem ordentl. Proceſs, Thl. II. §. 203. Schaumburg, in princ. prax. jud. Lib. I. Sect. I. Mbr. IV. Cap. II. §. 12. u. a.

von ihm als besiegt erachtet werden sollende Partei durch jene objectiv sich darstellenden Momente gegen den Vorwurf einer bösabsichtlichen oder leichtsinnigen Processführung gerechtfertiget;

so sind *folgende Fälle auszuheben*, in welchen *Compensation* der Processkosten, resp. wegen *gegenseitiger* Schuld, und resp. wegen einer dem Besiegten zur Seite tretenden, *objectiv* hervorleuchtenden, bona fides, für rechtlich begründet zuerachten ist:

A) Wann aus dem *Resultat des Rechtsstreits* und dessen *Grundlage* sich ergiebt, dass *jeglichem* der streitenden Theile wenigstens die *präsumtive temeritas litigandi* sich zuschreiben läſst, oder dass *jedem derselben*, dem Sieger und dem Besiegten, in dem *Ursprunge* des Geschäfts, aus welchem der Process *hervorgegangen* ist, eine nach desselben Rechtsnatur *imputable Culpa* [233], beigemessen werden darf [234]. Hauptsächlich ist dieses anzunehmen:

I)

[233]) Vermöge der allgemeinen Regel: *Gegenseitige Schuld gleicht die Folgen aus.* vid. §. 9. not. 131.

[234]) Indem der Richter über den Kostenpunkt urtheilt, muss er seinen Blick auch auf die *Quelle* des

I) im Fall der Procefs *verfchiedene* Objecte und hierauf fich beziehende Streitfragen zum Gegenftand hatte, *jede* Partei aber refp. *obfiegt* und refp. *befiegt* wird [235]) —
II)

des vorliegenden Rechtsftreites zurückführen. Es ift möglich, dafs *in den Verhandlungen felbft* eine Partei vollkommen legal fich benehme, und endlich als Sieger fich darftelle; gehet man aber zurück, fo findet man, ein Verfehen derfelben gab *Veranlaffung* zu dem Procefs. Z. B. der klagende und fiegende Contrahent hätte doch deutlicher reden follen — der beklagte und in der Hauptfache frei zufprechende Vormund regte felbft den Anfchein einer Nachläffigkeit gegen fich auf — u. dergl. In folchen Fällen mufs man *denjenigen Grad* der Culpa als Maasftab nehmen, welcher in dem Gefchäft, aus welchem die Klage hervorgienge, zu vermeiden war.

235) Diefes kann der Fall feyn bey einer objectiven Klagenhäufung, (Martin, §. 137.) und bey der Verhandlung über eine Wiederklage neben der Hauptklage in den nemlichen Acten. (Martin, §. 148.) Dafs jedoch derjenige, welcher in einem *blofen Nebenpunkt* obfiegte, deshalb nicht fofort Anfpruch auf Compenfation der Unkoften machen könne, Weber, a. a. O. §. 14. Leyser, in Medit. ad Pand. fp. 88. med. 4., ingleichen dafs, find die gegenfeitigen Streitpunkte am Gehalt und Umfang fich ungleich, das richterliche, Ermeffen eine verhältnismäfige Vertheilung anord-

II) in dem Falle *derjenigen* Zuvielforderung, wo der behauptende Theil von der Quantität, welche ihm *ganz* verneint wurde, nur einen *partem* zu beweisen vermochte, so dass sein Gegner *zum Theil verurtheilt, zum Theil aber entbunden wird* [236]) —

III)

ordnen müsse, Oelze, a. a. O. §. 288. Emmerich, a. a. O. §. 56., ist an sich gewiss gerecht; nur wird die *Scheidung*, das *Auffinden des Verhältnisses*, oft *sehr schwierig seyn.* Grundregeln für jene Sonderung giebt Weber, a. a. O. pag. 145. u. d. f.

236) Offenbar ist hier, nach dem Resultat des Processes, jeder Theil in culpa — der Kläger hätte *nicht mehr* behaupten sollen, als er zu beweisen vermochte, und dadurch, dass der Beklagte doch *zum Theil* als verbindlich befunden wird, ist auch zugleich desselben absichtliches oder leichtfertiges Läugnen blos gestellt. Wenn hingegen der Kläger sein Gesuch blos auf Accessionen ausdehnte, die ihm in dem Endurtheil nicht zugesprochen werden, z. B. Zinnsen, Früchte u. dergl., so folgt *daher allein* kein Grund zur Kostencompensation, da man den Kläger in seinen *Folgerungen* aus der gegründeten *Hauptverbindlichkeit* seines Gegners so sehr nicht einklemmen kann, und da eine dorther für sich abgeleitete Rechtsfolgerung, welche ohnehin der Regel nach keine *besondern* Kosten veranlasst, als

Merk.

III) im Fall das die zuentſcheidende Streitfrage begründende *Factum* zwar an ſich betrachtet, ſo wie es exiſtent wurde, als vollbewieſen vorliegt, jedoch ſeiner *Geburt nach* ſo beſchaffen iſt, daſs, ſtellt man es auch unter an ſich klare Geſetze, doch der Zweifel entſtehet, „*welches* von dieſen auf jenes Factum *anwendbar* ſey," und nun, jenachdem man eine oder die andere jener Rechtsnormen auf letzteres anwendet, jeder der ſtreitenden Theile, wenigſtens bedingt, oder pro parte, reſp. ſiegen oder beſiegt werden könnte — m. a. W.: falls das vollerwieſene Factum als

Merkmal einer malae fidei ſich nicht aufgreifen läſst. *Petimus iniqua ut conſequamur aequa.* Daferne in jenem erſten Fall einer pluris petitio re der Beklagte in der Litisconteſtation die wirklich ſchuldige Summe unbewunden einräumte, der Kläger aber auf dem von ihm behaupteten gröſsern Quanto beſtehet, und den deshalb ihm aufgelegten Beweis nicht einmal bis zu der Wirkung eines geſetzlichen Eides zu führen vermag, ſo müſſen dem Beweisführer die Unkoſten ſolchen Beweiſes und deſſen Folgen ausſchlieſslich zur Laſt fallen. Den inſoweit trifft *ihn allein* die Schuld und die Vermuthung einer leichtfertigen Streitluſt. M. ſ. Weber, a. a. O. §. 14. pag. 146. u. §. ee. dieſ. Abh. nr. 6.

als *zweydeutig* vorliegt, *das*, aber, daſs es *dubiae* interpretationis iſt, keiner der Parteien als eine imputable Schuld *ausſchlieſslich* beigemeſſen werden kann [237]) — IV) im Fall ein Theil des Vortrags der ſiegenden Partei zu vergeblichen, durch das Wechſelverfahren hindurch laufenden, Verhandlungen Veranlaſſung giebt, und am Ende des Proceſſes als zweck- oder grundlos erkannt wird, obgleich der

237) *Hier* wird vorausgeſetzt, daſs in Rückſicht auf die factiſche Quelle des Rechtsſtreites nicht blos der jetzige Sieger Veranlaſſung zu einer Dunkelheit, Zweideutigkeit, und hierdurch zu Zweifeln in der Auslegung, Gelegenheit gabe, vid. not 234., ſondern daſs *beide* Theile daſs Geſchäft nicht mit der gehörigen Vorſicht vollzogen. Aber auch in dieſem Fall ſtehet dem Sieger die *eigne Mitſchuld* als Hindernis entgegen, von dem Ueberwundenen Erſtattung der Unkoſten zu verlangen. Könnte hingegen *keiner Partei* eine Schuld beigemeſſen werden, z. B. weil vielleicht die öffentliche Behörde, die den Contract aufzunehmen und für deſſen Deutlichkeit zu ſorgen hatte, dieſes vernachläſſigte, ſo ſind die Unkoſten dennoch aus *dem* Grund zu vergleichen, weil jeder Theil gegen den Vorwurf einer leichtfertigen Streitſucht durch jene Handlung eines Dritten, welchem ſie trauen durfte, ſich vertheidigen kann.

der Proponent in der Sache selbst, im Gefolge des übrigen Theils seines Vorbringens, den Obsieg erhält [238]).

B) Wann das der zuentscheidenden Streitfrage zum Grund liegende *Factum* zwar an sich betrachtet *einfach* und *so* beschaffen ist, dass dasselbe, wäre der Richter von desselben Wahrheit auf die legale Weise *vollkommen* überzeugt, unter ein den Worten und dem Sinn nach klares Gesetz sich subsumiren und daher ein *reines* Resul-

238) Es läfst dieses z. B. sich denken, wann der Kläger mehrere *Klaggründe* häuft und durch den, auf solche Weise erweiterten, Process hindurch führt, am Ende aber der eine oder der andere als *durchaus fruchtlos* befunden und erkannt wird. Fordert der A von dem B einen Verlag, den er für diesen *ex pacto* übernommen habe, stützt sich aber *zugleich darauf*, wenigsten habe er *als negotiorum gestor* ein Klagrecht auf Ersatz, erweisst auch den Verlag und dessen Nützlichkeit, der vorzüglich bearbeitete Beweis jenes ausdrücklichen Vertrags hingegen fällt ganz leer oder wider ihn selbst aus, so sind die Unkosten zu compensiren. In Rücksicht auf diese, durch das Resultat als zwecklos dargestellte, Erweiterung des Rechtsstreits ist auch der Kläger als temerarius litigator anzusehen — der Beklagte ist insofern Sieger, als solcher *von einer Verbindlichkeit et pacto* frei gesprochen wird.

ſultat des Sieges ſich ziehen lieſse, jedoch die *geſetzlichen Bedingungen* jener *vollen Ueberzeugung* des Richters *in den Acten nicht vorhanden ſind*, daher aber das richterliche *Nothrecht*, durch einen *geſetzlichen Eid* die juridiſche Wahrheit herzuſtellen, und hierdurch dem Rechtsſtreit *ein Ende zu machen*, wirkſam werden muſs [239] — mithin

I)

239) Weber, a. a. O. §. 12. will auch die richterlich aufgelegten Ergänzungs- oder Reinigungs-Eide durchaus nicht als Hindernis anerkennen, den nach ihrer Ableiſtung Beſiegten zu der Erſtattung der Unkoſten an den auf jene Weiſe ſiegenden Theil zu verurtheilen. Die allgemeinen Gründe hiergegen ſind ſchon in dem §. 2. enthalten. Faſt noch ſtrenger als Weber iſt in dieſem Betracht Schmidt gen. Phiseldecl, §. 20. pag. 105. u. d. f. Dagegen iſt Emmrich, a. a. O. §. 39. u. d. f. und alle daſelbſt angezogene ältere Rechtsgelehrte. Der den Römern bekannte Erfüllungs-Eid iſt in *cauſis dubiis* zu erkennen, L. 31. Dig. *de jurejurando*. 12. 2., und in *dieſen* Fällen ſoll ja eben der *Beſiegte* zu der Koſtenerſtattung *nicht* pflichtig ſeyn. L. 5. §. 1. Cod *de fruct. et lit. expenſ.* 7. 51. *Vor* der Ableiſtung des Ergänzungs-Eides iſt aber der Gegner *noch nicht beſiegt*. Dieſes Geſetz, welches nach Webers eigener Meinung blos von

zwei-

I) daferne das Endurtheil mit einem *Erfüllungs-Eid* bedingt ist *) habe nun diesen zu leisten

1) der unter jener Bedingung *siegen* sollende *Kläger* [240]), oder

2)

zweifelhaften, unvollkommenen, *Thatsachen* sprechen soll, würde hinzugefügt haben: es wäre denn die *res dubia* durch einen Ergänzungs-Eid *certa* geworden

*) Vergl. *Archiv* für die civilist. Praxis. B. 1. Abh. 3. pag. 51. lit. a., und B. 4. Abh. 21. Martin, §. 179.

240) Wäre diese Weberische Meinung ganz consequent, so dürften die Gesetze in diesem Falle den Kläger gar nicht zum Erfüllungseid *zulassen*, indem er *zum Voraus berechnen müssen*, er werde seine Behauptung *vollständig darzuthun nicht vermögen*. Wenigstens wäre insoferne *auch er* in culpa. *Nam plane qui agit certus esse debet.* L. 42. Dig. *de regulis juris.* 50. 17. Wollen nun die Gesetze dem Beweisführer, welcher die Beweismittel nicht, wie eine Waare, nach seinem Belieben kaufen kann, zu Hülfe kommen, so wird doch dadurch *nicht aufgehoben*, dass der Kläger von der *Gränze der Vollkommenheit* zurückbliebe, und des Richters Ueberzeugung *im Zweifel liesse*. Was *nachher* der Richter thun darf, um seine schwankende Ueberzeugung zu befestigen, gehet nicht von der Thätigkeit des Beweisführers aus.

2) der nach desselben Ableistung *entbunden* werden sollende *Beklagte* [241]) —

II) daferne das Definitiv-Erkenntniss der einen Partei einen *Reinigungs-Eid* zuerkennt, sey es

1) dem *Kläger*, um hierdurch ein *Hinderniss seines Sieges* zu entfernen [242]), oder

2) dem *Beklagten*, um nach dem Abschwur des Eides von seines Gegners Anspruch *losgezählt* zu werden [243]).

C)

241) Was in der Note 240. von dem *Kläger* gesagt wurde, gilt hier von dem *Beklagten*, weil dieser in Hinsicht auf den Beweis seiner zerstörenden Einreden *als Kläger* zu beurtheilen ist. L. 1. Dig. *de exceptionibus*. 44. 1. L. 9. et 19. Dig. *de probationibus*. 22. 3.

242) Es wird nämlich hierbei vorausgesetzt, dass der Beklagte seine zerstörende Einrede *in tantum* erwiesen, hierdurch aber zugleich den Beweis des Abseyns eines leichtfertigen Gebrauchs jenes Vertheidigungs-Mittels geführt habe. Durch welche vielfache Schicksale kann der von der Wahrheit seiner Behauptung vollüberzeugte und gewisse Beweisführer in die Lage der physischen Unmöglichkeit, einen *vollkommenen* Beweis herzustellen, versetzt werden! Und wie sehr ist er hierbei der subjectiven Ueberzeugung des Richters, dessen Verstandes-Reflexion u. dergl., unterworfen!

243) Hier hat doch der Kläger den Grund seiner

Kla-

C) Wann der Hauptbeweis mit dem *directen* Gegenbeweis dergestalt collidirt*), dass erster als *aufgewogen* erscheint, und weder in Hinsicht auf den erstern, noch auf den letztern, das Erkenntniss auf einen gesetzlichen Eid für begründet zu achten ist [244]).

D)

Klage *insoweit* dargethan, dass sich nicht annehmen lässt, er habe seine Klage aus den Fingern gesogen. Auch kann ein Kläger, dem nur schwache Beweismittel zu Gebote stehen, nicht berechnen, *ob sein Gegner das Factum geradezu und gänzlich verneinen werde.* Wie ungerecht also, dass derselbe auf sein Recht verzichten oder erwarten soll, auf den Fall eines halben oder etwas geringern Beweises in sämmtliche Unkosten des Processes verurtheilt zu werden! Uebrigens gelten hier auch die in der vorigen Note für den Beklagten angeführten Gründe.

*) *Archiv* f. d. civilist. Praxis a. a. O. B. 4. Abh. 21. §. 2. pag. 280 ff.

244) So wie in diesem Fall das Resultat beider Beweise gegenseitig sich aufhebt, oder vielmehr die Wage hält, so auch die Präsumtion für die Temeritas des einen und des anderen Theils. Selbst wann der directe Gegenbeweis in sich stärker seyn sollte, als der damit collidirende Hauptbeweis, kann jenes die aus dem letztern hervorgehende Rechtfertigung der bona fides des Beweisführers nicht vertilgen. Dieser *durf-*

D) Wann der Ueberwundene im Gefolge des wider ihn geführten, sey es auch vollkommenen, Beweises eines solchen Facti *besiegt* wird, welches *ausser seiner eigenen Perception* lage, und von dessen Wahrheit er sich *nicht eher zu überzeugen brauchte*, als bis sein Gegner die juridische Gewissheit hergestellt hatte [245]; mithin im Falle

I)

durfte seinen wirksam gewordenen Beweismitteln *vertrauen* — der Richter muss zwar den Inhalt des Gegenbeweises *vorziehen*, dieses jedoch nur im Gefolge der Rechtsregel: *in dubio pro reo pronunciandum est.* Immer also bleibt die Sache selbst eine *res dubia*, bei welcher der menschliche Verstand des Richters unter die Form des positiven Rechts schweigend sich beugt. A. M. ist Weber, a. a. O. §. 13. lit. k. Anders aber verhält es sich, wann der directe Hauptbeweis durch den *indirecten* Gegenbeweis entkräftet wird, z. B. durch die Einrede der Zahlung u. s. w. *Archiv* a. a. O. §. 3. pag. 285. ff. Hier kann ein vorzüglicher Grund sich bilden, eine mala fides des Besiegten zu vermuthen.

245) Dass unter solchen Verhältnissen die Vergleichung der Unkosten rechtlich sey, hat die allgemeine Stimme für sich, jedoch mit vollem Grund auf das *Verneinen* oder *Nichtwissen* einer *fremden* Handlung *beschränkt.* Denn wer eine solche Thatsache als Grund eines ihm zustehen sollenden Rechtes *behaup-*

 tet,

I) der *thatsächliche Klaggrund* in Rücksicht auf den *Beklagten* ein *Factum plane alienum* enthält, oder

II)

tet, erkennt es zugleich als nothwendig an, dieselbe gehörig zu beweisen. Oelze, a. a. O. §. 287. nr. 1. u. 2. Emmrich, a. a. O. §. 30. Schmidt gen. Phiseldeck. §. 17. nr. 3. u. 4. Weber, a. a. O. §. 6. *b*. Wesentlich liegt dieses auch in der L. 42. Dig. *de regulis juris*. 50. 17.; obgleich dieses Gesetz die Ignoranz des Beklagten zunächst nur *deshalb* entschuldiget, weil es ihm *an Zeit gemangelt habe*, von der Wahrheit des Facti alieni sich zu unterrichten. Eben hieraus aber folgt, dass dem antwortenden Theil *als Zwangspflicht obliegt*, „Erkundigung von der Wahrheit oder Unwahrheit jener *Thatsache* einzuziehen." Dieses sprechen auch andere Gesetze deutlich und so aus, dass *hierbey*, bey dieser Nachforschung, der Fleiss eines *vorsichtigen* Hausvaters angewendet werden soll. L. 6. et 9. §. 2. Dig. *de juris et facti ignorantia*. Dass die L. 42. all. auch auf den Beklagten anwendbar sey, insoferne dieser eine *Einrede* auf ein *factum alienum* gründet, und in diesem Falle auch dem Kläger die Ignoranz resp. nicht zu verargen ist, folgt aus dem schon oft angezogenen Princip: *reus in exceptione actor est*. L. 1. Dig. *de except*. 44. 1. L. 9. et 19. Dig. *de probat*. 22. 3. War übrigens die eigene fleissige Nachforschung des *Antworters* fruchtlos, so braucht er sich von der Behauptung seines Gegners nicht eher zu

über-

II) der zerstörenden Einrede des Beklagten ein in Hinsicht auf den *Kläger* ganz *fremdes Factum* zum Grunde gelegt wurde,

dort der *Beklagte*, hier der *Kläger* die Thatsachen 426) *in Abrede stellte*, der Gegner jedoch *ihre Wahrheit erwiese.*

E)

überzeugen, als bis der Richter über deren Beweis rechtskräftig abgesprochen hat. — Was dieser noch nicht für bewiesen erachtete, braucht auch jener nicht zu glauben. Ueberhaupt ist dem *Antworter* eine schwere Ueberzeugung zu verzeihen. Emmrich, a. a. O. pag. 153. Die im Laufe des Processes diesen, unter dem Vorgeben, „*erlangter Ueberzeugung von dem Recht des Gegners*," aufgebende Partei, wird die Vermuthung früherer Wissenschaft gegen sich aufregen und daher, ohne jenes glaubhaft nachgewiesen zu haben, der Gefahr, in sämmtliche Unkosten verurtheilt zu werden, sich aussetzen. Emmrichs Lehre a. a. O. §. 34. ist daher um so bedenklicher, da das angezogene Gesetz sie nicht begründet. Vid. jedoch die not. 146. mit der Note 224.

Eigene Handlungen *nicht* oder *falsch* zu wissen, ist eine unverzeihliche Schuld; doch ist auch diese Regel nicht ohne Ausnahme. Emmrich, a. a. O. §. 29. not. g. Weber, a. a. O. §. 6. *b.* not. 2. pag. 63. Oelze, a. a. O. §. 115.

246) Auch das *fremde ausländische*, zur Hülfe nicht recipirte, Recht ist hierzu zu rechnen, da *dieses*

 zu

E) Wann zwar das *Factum* als *vollbewiesen*, auch *nicht als zweideutig* vorliegt, dahingegen, siehet man hin *auf die darauf anzuwendende Rechtsnorm*, entweder ein zu der Entscheidung dienendes positives Gesetz *sich*

zu kennen der Staatsbürger nicht verbindlich ist. Doch muss man voraussetzen dass derjenige, welcher wegen einer aus fremden Gesetzen abgeleiteten Verbindlichkeit belangt wird, das Geschäft nicht selbst im Auslande abgeschlossen habe, oder abschliessen lassen. Denn war dieses, so musste er sich auch, und zwar vor dem Abschluss, von den Gesetzen jenes Landes unterrichten; so wie dieses auch in Hinsicht der persönlichen Qualitäten dessen der Fall ist, mit welchem man ein Rechtsgeschäft verhandelt. L. 19. pr. Dig. *de regulis juris.* 50. 17. L. 19. Dig. *de Scto. Maced.* 14. 6. Das *Gewohnheitsrecht* bildet sich durch Handlungen der Staatsbürger, und desselben Existenz ist also als ein *Factum alienum* zu betrachten, welches sogar ausser der Kenntniss des Richters liegen kann, und daher mittelst eines besondern Beweises in den Acten darzuthun ist. Um so mehr also entschuldiget sich die Ignoranz des *Gegners*, jedoch ebenfalls unter der Bedingung dass eine ernste Nachforschung von dem Vorhandenseyn des juris consuetudinarii ihn nicht überzeugte. Je bekannter dieses dem Publicum ist, desto weniger Entschuldigung verdient jene Ignoranz. Weber, a. a. O. §. 7. M. s. a. Emmrich, a. a. O. §. 43.

ſich gar nicht vorfindet [247]), oder dieſes, ſo wie es vorhanden iſt, durch die doctri-nel-

[247]) Daſs dieſes möglich ſey, bekennen die Geſetze ſelbſt, und verweiſen dann auf Analogie, allgemeine Principien, Naturrecht, Billigkeit u. ſ. w. L. 5. 10. 12. 13. et 27. Dig. *de legibus* 1. 3. L. 1. §. 2. Dig. *quod falſo tut. geſt.* 27. 6. L. 29. §. 5. Dig. *de liber. et poſth.* 28. 2. L. 7. §. 2. Dig. *de jurisd.* 2. 1. L. 30. in f. *de negot. geſt.* 3. 5. L. 11. D. *de praeſc. verbis.* 19. 5. L. 26. §. 9. Dig. *ex quibus cauſa maj.* 4. 6. L. 7. D. *de in intergr. reſt.* 4. 1. L. 90. Dig. *de regulis juris.* 50. 17. L. 91. §. 3. Dig. *de verb. obligat.* 45. 1. L. 2. §. 5. Dig. *de aqua.* 39. 3. Gäbe man aber Webern a. a. O. §. 8. auch zu, daſs irgend eine ignorantia juris um ſo weniger Verzeihung verdiene, wann man ein Recht gerichtlich verfolgen will, dadurch aber ſich aufgefordert finden muſs, nach Vorſchrift der Geſetze (§. w. not. 198.) allenfalls durch Sachverſtändige ſich unterrichten zu laſſen: *quid juris? ſo trifft doch dieſes noch nicht den rechten Punkt*, von welchem die Entſchuldiguug des Irrenden ausgehet. In der *Anwendung* des Rechts auf das Factum liegt, wie ſchon oben geſagt (§. w.), die groſse, auch die prudentiſſimos oft täuſchende, Schwierigkeit. Um wie vieles iſt nun dieſe in dem vorausgeſetzten Fall erhöhet! Ein poſitives Naturrecht giebt es nicht und, kann es nicht geben. Man ſtreitet ſogar: „ob überhaupt ein Naturrecht ſich conſtruiren laſ-

nelle Erklärung *als dunkel*, und einer *mehrfachen*, zu *verſchiedenen Reſultaten führenden*, *Auslegung* und *Anwendung* fähig, anerkannt wurde [248]), ſo daſs der Richter, je-

laſſe?" und jeder Lehrer dieſer Wiſſenſchaft formt ſich nach Willkühr auf einige Jahre ein eigenes Naturrecht. Die Taxe der Billigkeit hat gleiches Schickſal. Analogie, allgemeine Principien, ſo wie ſie beſtehen, ſind Rohrſtäbe, die der von dem Verſtand des Richters beherſchte Wind Rechtens auf jede Seite beugen kann. Arme Partei die du in dieſem Schilfmeer dich verirrſt, von zehn ververſchiedenen Wegweiſern eben ſo vielfach berichtet wirſt, und am Ende die Erlaubniſs zum Verirren in dieſer Staatsanſtalt noch bezahlen ſollſt! — Borst, a. a. O. §. 26. pag. 69. u. d. f. hat nicht ganz Unrecht, wenn er, ſo oft das Recht ſelbſt ungewiſs iſt, *beide* Theile von der Entrichtung der Sporteln frey geſprochen wiſſen will. Denn allerdings fällt hier die Culpa auf den Staat.

248) Ein unklares, zweideutiges, *ſelbſt litigiöſes*, Geſetz iſt ſo gut *als nicht vorhanden*; ja ſeine *völlige Nichtexiſtenz* wäre *noch beſſer* für den Staatsbürger. An ihm läſst ein Irrthum ſich nicht *verſchulden*; denn der Staat ſelbſt *erlaubt* und *veranlaſst* dieſen dadurch, daſs er das mehrfarbige, doppelzüngige, Weſen als Richtſchnur und Wegweiſer anordnet. Wann Weber a. a. O. §. 9. *gegen* die allgemeine Meinung, „daſs, im Falle das *jus* dubium und controverſum ſey, die Unkoſten zu

jenachdem solcher der *einen* oder *der andern Meinung* beipflichtet, *sowohl dem Klä-*

zu compensiren wären," behauptet: „es wäre dieses den Vorschriften der Gesetze und deren Analogie keineswegs angemessen, vielmehr die vermeinte Billigkeit hier sehr übel angebracht, weil die Anwendung höchst unsicher sey, am Ende nur den Ungerechtigkeiten zum Vorschub diene, und überhaupt die schädlichsten Folgen für das Ganze nach sich ziehe," so ist alles dieses nur von seiner eigenen Meinung wahr. Er erlaubt, dass das Gesetz die Parteien *in die Falle führen* und die eine derselben, welche der Richter nach seinem subjectiven Willen auswählen könne, plündern dürfe. Ist es denn *möglich* dass unter jenem Verhältniss die Partei den *Ausgang des Processes berechne*, und sich *gegen Irrthum sichere?* Doch die Hauptzüge der Widerlegung sind schon in dem §. w. enthalten. Hier noch einige Zusätze. Weber glaubt, die L. 5. §. 1. Dig. *de fruct. et tit. expens.* und Nov. 82. §. 10. spreche nur von zweifelhaften *Thatsachen*, das Recht selbst aber sey *certum*. Allein dadurch, dass Neratius in der L. 2. Dig. *de jur. et facti ignor.* äusserte: es *solle* und *könne* certum seyn, wird solches eben so wenig bewirkt, als durch Donells Meinung. Justinian giebt es z. B. in L. 9. et 12. §. 1. Cod. *de legibus* 1. 14. selbst zu, dass obscuritates und aenigmata in seinem Gesetzbuch sich finden könnten; und so wenig desselben Aeusserung in der Const: *Tanta Cir-*

Kläger, als dem Beklagten, den *Sieg*, wenigstens *bedingt*, oder *zum Theil*, zuerkennen könnte.

F)

Circa de conf. Dig. 15. den teutschen Rechtsgelehrten, wie die Erfahrung lehrte, als Glaubens Artikel sich aufdringen liefse, so wenig kann eine Partei zwangspflichtig seyn, die von jenem Gesetzgeber in der L. all. 9. Cod. *de legibus* dargebotene authentische Erklärung auf ihre alleinige Kosten in einem Lande zu suchen, wo man die Rechtscontroversen seit Jahrhunderten gleichsam als die Seele der Wissenschaft dultet, ja sogar denjenigen obendrein belobt und belohnt, welcher in Rücksicht auf den Sinn eines Gesetzes einen neuen Zweifelsgrund, sey dieser nur scharfsinnig, aufzufinden vermag. Auch sind es eigentlich die Richter, welche die authentische Interpretation suchen sollen. L. all., 9. §. 1. Cod. *de legibus*. 1. 15. Es läfst sich daher die Nov. 82. Cap. 10., so wie die L. 5. all. allerdings auch von dem *jure* dubio verstehen. L. 1. Dig. *de transact.* 2. 15. *L.* 12. *Cod. ej. tit.* 2. 4. *L.* 55. §. 1. *Dig. de legatis II.* 31. Und erwägt man nun hierbei, wie oft die teutschen Rechte mit den zur Hülfe recipirten fremdem, schon *als solche*, als Fragmente aus einer zum kleinsten Theil geschichtlich klaren Zeit, nicht selten dunkeln, Gesetzen in Collision treten, so erkennt es die Vernunft als eine mehr als grausame *Despotie*, den Unterthan, welcher es wagt, die ihm günstige Erklärung eines zweifelhaften Ge-

Se-

F) Wann die Parteien über den Streitpunkt einen *Vergleich* abſchlieſsen, ohne in dieſem des Koſtenpunkts zu gedenken, der Rich-

ſetzes für ſich benutzen zu wollen, *deshalb* mit dem Erſatz aller Proceſskoſten zu beſtrafen, weil der Richter zufällig einer andern Meinung zugethan iſt. Man denke z. B. nur an die Streitfrage: ob den Brautkindern die Rechte ehelicher Geburten zu geſtatten ſind? Schnaubert, in den Grundſ. des Kirchenrechts §. 255. Glück, in der Lehre von der Inteſtat-Erbfolge. §. 97. Soll hier der unterliegende Theil auch noch ſämmtliche Proceſskoſten bezahlen? — Er hat ſich *nicht geirrt* ſondern er iſt *getäuſcht*, und durch Zufall beſiegt *worden* — er iſt *ohne alle Schuld*, und würde als liederlicher Hausvater die Pflichten gegen ſich ſelbſt verletzt haben, hätte er reſp. nicht klagen, oder reſp. ſich nicht vertheidigen wollen. Uebrigens muſs der Richer in dem Gebiet der Rechtslehre bewandert ſeyn und alſo auch wiſſen: was iſt für rechtsſtreitig zu achten? Urtheilt er hierbei zu gelinde, ſiehet er jede Winkelmeinung für ein anerkanntes dubium an, ſo iſt doch die daher entſpringende Ungerechtigkeit bey weitem nicht ſo groſs, als diejenige, welche aus der Weberiſchen Regel hervorgehet: dafür, „daſs der Staat das jus aus dem Glückskopf greifen laſse, müſſe der, welcher die Niete ziehet, auch ſämmtlichen Aufwand der Feierlichkeit allein bezahlen.“ M. ſ. a. Emmrich, a. a. O. §. 44. Schmidt, gen. Phiseldeck, a. a. O. §. 22.

Richter aber jenen Vergleich durch ein Erkenntnifs auszufprechen hat [249]).

G) Wann das in der vorigen Inftanz ertheilte, durch ein *ordentliches* [250]) Rechtsmit-

[249]) Der Vergleich ift feinem Begriff nach ein Vertrag, durch welchen jeder Intereffent einen Theil feiner auf Rechtsverhältniffe fich beziehenden Behauptungen deshalb fallen läfst, weil felbige als zweifelhaft vorliegen. *Qui tranfigit, quafi de re dubia et lite incerta neque finita tranfigit.* L. 1. Dig. *de transact.* 2. 15. L. 12. Cod. *ej. tit.* 2. 4. L. 6. Cod. *de folut. et liberat.* 8. 43. Und da nun auf diefe Weife durch den eigenen Willen beider Theile *ungewifs bleibt*, auf welcher Seite das Recht fich befande, und weffen Schuld den Procefs veranlafst habe, fo folgt auch von felbft, dafs, wurde in dem Vergleich der Procefskoften wegen nichts beftimmt auch diefe für ftillfchweigend gegen einander aufgehoben zu erachten find. Im Fall nun, wie in einzelnen Fällen möglich ift, befonders wann nicht alle Theile der Hauptfache durch Vergleich niedergefchlagen wurden, *noch ein befonderes Erkenntnifs des Richters das Refultat des ganzen Proceffes ausfprechen mufs*, fo find, in Rückficht auf jenen Vergleich, die Unkoften zu compenfiren. Doch kann auch hier das in der Note 235. erwähnte Vertheilungs-Princip zur Anwendung kommen.

[250]) Bey den aufserordentlichen Rechtsmitteln (Martin, §. 284. u. d. f.) find andere Grundfätze anzuwenden §. dd.

mittel von der Rechtskraft ſuspendirte, richterliche Erkenntniſs in der über jenes Rechtsmittel erkennenden Inſtanz, *ohne Rückſicht auf nova* [251]), *abgeändert* wird. Schon *deshalb* [252]) ſind die Unkoſten *dieſer* Inſtanz — der *Appellations* - Inſtanz, *Reviſions* - Inſtanz u. dgl. — *von Richteramts wegen* zu vergleichen [253]).

Ja

251) Im Fall die Reformation blos ein Folge der beigebrachten *novorum* iſt, ſo müſſen die Unkoſten dieſer Inſtanz dem *Sieger* ausſchlieſslich zur Laſt fallen. §. ee.

252) Auch *andere* Compenſations - Gründe können hinzutreten, z. B. zweifelhaftes Recht, *mit einem geſetzlichen Eid bedingte* Abänderung u. ſ. w.

253) Dieſer altmodiſche Satz iſt durch neuere Meinungen ſehr zerriſſen worden. Man vergleiche Weber, a. a. O. §. 11. nr. 2. pag. 108. u. d. f. Emmrich, a. a. O., §. 58. u. d. f. Schmidt gen. Phiseldeck, §. 25. Er ſetzt voraus, daſs die in Rückſicht auf einen verhandelten Streitpunkt durch ein erfolgtes richterliches Erkenntnis als beſiegt erkannte Partei hiergegen ein *ordentliches Rechtsmittel* einwendet, der Sieger aber den *zugeſprochenen Vortheil nicht aufgeben will*, zu dieſem Zweck *die Legalität des ihm günſtigen richterlichen Ausſpruch vertheidiget*, und nun ein anderweites, dem *Appellanten*, *Revidenten* u. dergl., *beifälliges*, Erkenntnis erfolgt — eine

Sen-

Ja auch eine *Erklärung*, ein *Anhang*, ein *Zusatz*, des vorigen Urtheils oder zu die-

Sententia *reformatoria.* — Wie könnte man aber *der* Partei ein *Versehen* oder gar eine *temeritas litigandi* zur Last legen, welche zu dem *ihr beifälligen Richter mehr Zutrauen hat*, als *zu ihrem Gegner?* Wie kann man jener ansinnen, weil dieser ihr Gegner behauptet, „der Richter habe rechtswidrig erkannt," *solches als wahr einzuräumen*, und dem Appellanten u. dergl. zu erlauben er möge sich selbst ein Urtheil nach seinen geäusserten Wünschen sprechen! Mag der reformirende Richter in facto oder in jure geirrt haben — immer kann die in dem abändernden Erkenntnis besiegte Partei damit sich schützen: was der Staatsrepräsentant *in dieser Sache* für *Recht*, oder für *factisch wahr*, erachtete, das durfte und darf auch ich für Recht oder factisch gewiss halten. Die Gesetze selbst gebieten ja eine Vermuthung für die Legalität des Richters. Cap. 16. in fine X. *de sent. et re jud.* 2. 27. Cap. 6. X. *de renunciatione.* 1. 9. Wenn nun auch dessen Ansicht und Ausspruch durch die Prüfung und Entscheidung eines andern Richters eine Abänderung erleidet, so läst sich doch *das* nicht vertilgen, dass jener erste Judex des nunmehr Besiegten Ueberzeugung, *dessen Sache sey gerecht*, befestigte und *für legal* erklärte. Von den Unkosten der *vorigen* Instanz ist *hier nicht die Rede* — diese sind, *wurde eine Beschwerde ihrentwegen aufgestellt*, ganz

dieſem muſs Compenſation der Inſtanzkoſten zur Folge haben, erreicht auch durch je-

ganz beſonders nach den allgemeinen Grundſätzen zu beurtheilen, und *nur auf ſie* iſt WEBERS Anſicht anwendbar: „das von der Rechtskraft ſuspendirte Erkenntnis ſey ſo gut als nicht vorhanden.“ Allerdings muſs ſich der Richter der zweyten Inſtanz in die Lage denken, als habe er *blos über die Verhandlungen der vorigen Inſtanz ſo abzuſprechen*, als ob das im Mittel liegende, zur Rechtskraft nicht gediehene, Erkenntniſs gar nicht ausgeſprochen wäre; allein dieſes trifft *nur die eben dieſem Erkenntnis vorausgegangenen* Streitpunkte, welche ſammt und ſonders *anders*, als dort, und zwar *ſo* entſchieden werden können, wie der nochmals prüfende Richter durch ſeine Reflexion ſich überzeugt, daſs ſie entſchieden werden ſollen. Die Unkoſten dieſer *anderweiten Inſtanz* hingegen ſind *ein neuer Streitpunkt*, über welchen der vorige Richter *noch nicht abgeſprochen hat*, und natürlich nicht abſprechen konnte. Indem der Richter *über dieſe* erkennt, tritt ihm der vorige, als Thatſache unauslöſchliche, Richterſpruch für Augen, und ruft ihm zu: die *jetzt beſiegte* Partei hat den Proceſs wenigſtens *nicht muthwillig verzögert*. Hätte freilich der nunmehrige Sieger zugleich *nachgewieſen*: „ſein im vorigen Urtheil als Sieger anerkannter Gegner befinde ſich in mala fide, habe das ihm günſtige Erkenntnis erſchlichen u. dergl.,“ *dann* kann

jene Erklärung u. f. w. der Appellant, Revident u. dgl. einen Vortheil. Denn jene Verdeut-

kann ein *besonderer* Grund eintreten, demselben die aus dem vorigen Richterspruch für ihn sprechende Vermuthung zu entziehen. Dieses aber ist *nicht die Regel*. Eben so wenig verdient hier *das* Betracht, was Weber von *ausserordentlichen* Verfügungen eines Richters, z. B. von einem *ungerechten Arrest*, anziehen mogte. Solcher hinkenden, ganz besondern Grundsätzen unterworfenen, Beispiele hätte der würdige Weber sich nicht bedienen sollen. Auch muss man hier wiederholen, dass von der *Anwendung* der Gesetze auf das streitige *Factum* die Rede ist, und dass in *diesem* Gebiete nicht zur Anwendung kommt, was die Gesetze, von deren *Nichtwissen* oder *Falschwissen* verordnen. L. 2. Dig. *de juris et facti ignorantia.* 22. 6., und dass es als ein sonderbarer Gedanke erscheint, einer Partei anzusinnen, *sie selbst* solle des Richters ihr günstige Interpretation des *von ihm beleuchteten* Facti und dessen Subsumtion unter die Gesetze für falsch und widerrechtlich erklären. Welche *exorbitante* Pflicht! Keine Kanzelmoral mag diese behaupten. Die Besorgniss, durch das bevorstehende Erkenntniss überwunden zu werden, begründet ein solches Wirken *gegen sich selbst* eben so wenig, L. 40. *de hereditatis petitione.* 5. 3., als die im Sieg befangene Partei verbunden ist, in dem künftigen Ausspruch etwas anders,

deutlichung u. s. w. des von ihm angefochtenen Erkenntnisses rechtfertiget zwar sein Stre-

ders, als den Ausspruch eines *Menschen* zu erblikken. Man bedenke nur Ulpians eigene Worte: *Appellandi usus — — licet nonnunquam bene latas sententias in pejus reformet; neque enim utique melius pronunciat, qui novissimus sententiam laturus est.* L. 1. pr. Dig. *de appellat. et relat.* 49. 1. Das *förmliche* Recht, welches Weber noch hieher ziehet, ist in dem Zeitpunkt, wo der Richter die Abänderung des vorigen Erkenntnisses beschliesst und ausspricht, *noch nicht vorhanden*, sondern wird *erst durch die Rechtskraft* gebildet, und es würde aus diesem Grund das *offenbar gesetzwidrige* Princip folgen: „nie und niemals finde Compensation der Processkosten statt.“ Auch hätte ja der Sieger *ein gleiches* förmliches Recht bis dahin für sich, wo er wieder besiegt wird. Und woher folgt, dass der, welcher ein ihm beifälliges Erkenntniss des Richters veranlasste, *deshalb* in mala fide sich befunden haben müsse, weil ein zweiter Richter jenes Erkenntniss abändert? Des Richters Beifall ist vielmehr ein *objectives Merkmal* der bona fides, diese aber sichert gegen Schadenserfatz und selbst gegen Vergütung genossener Früchte. L. 137. Dig. *de regul. jur.* 50. 17. L. 40. §. 1. L. 41. Dig. *de heredit. petit.* 5. 3. *Das Schicksal des Hauptobjects* bestimmt nicht nothwendig das Rechtsverhältnis der Accessionen und Nebenpunkte.

Streben als legal; allein auch der Apellate, Revise u. dgl. bleibt *Mitsieger*, insofern das vorige Urtheil an sich und im Ganzen bestätiget wird.

§. cc.

Aus dem vorigen erhalten auch die übrigen Fälle, in welchen es besonders streitig ist, „ob die Unkosten eines Processes zu compensiren seyen oder nicht?“ grofsen Theils ihre Bestimmung. Soviel

1) abgeleistete Eide betrifft, so kann

a) ein abgeschwornes juramentum *calumniae*, *generale* oder *speciale* [254]), die Compensation *nicht* begründen. Dieses folgt schon aus dem Buchstaben des römischen Gesetzes [255]), insoferne dieses den Gefährde-Eid als *allgemeine* Bedingung des Eingangs in einen gerichtlichen Rechtsstreit anordnete, und dennoch die Worte hinzu fügte: *et ut improbus litigator damnum et impensas litis inferre adversario suo cogatur.* Dafs dieses *nur für den Fall eines Meineides* angedrohet worden sey, läfst sich nicht annehmen. Nicht ganz schlüssig ist zwar der gewöhnliche Grund: „der Schwö-

254) Martin, §. 301.

255) §. 1, Inst. *de poena temere litigantium*. 4. 16.

Schwörende verſichere nur das Abſeyn der *Calumnie* im ſpeciellen Sinn, folglich des eigentlichen *doli mali*, mit Ausſchluſs der *temeritas in enger Bedeutung*, als einer *culpa* lata [256]);" denn der Gefährde-Eid des Klägers war dahin gerichtet: „*non calumniando animo litem ſe moviſſe, ſed exiſtimando bonam cauſam ſe habere*" [257]), und ſelbſt der *Beklagte* muſste ſchwören: „*quod putans, ſe bona inſtantia uti, ad reluctandum pervenerit*" [258]); ſo wie auch in den teutſchen Gerichten der generelle und ſpecielle Gefährde-Eid in ſo weit jener noch üblich ſeyn möchte [259]), die Worte in ſich zu enthalten pflegt: „er, der Schwörende, glaube *eine gerechte Sache* zu haben;" ſo daſs alſo zugleich die *ſubjective bona fides* überhaupt, mithin inſoferne auch das *Abſeyn einer culpa*

256) Oelze, a. a. O. §. 287. Leyser, ſp. 88. med. 11. vergl. Weber, a. a. O. §. 12. not. 6.

257) L. 2. Cod. *de jurejurando propter calumniam*. 2. 59.

258) L. all. 2. Cod. et §. 1. Inſt. *de poena temere litig*. 4. 16.

259) *Notar. Ord*. v. J. 1512. Tit. IV. §. 2.

pa lata[260], eidlich miterhärtet wird. Allein, findet der Richter bei dem Resultat der Partei-Verhandlungen die äuſsern Merkmale einer objectiven groben Fahrläſſigkeit des einen ſtreitenden Theils, ſo darf und muſs er zugleich annehmen, *eben dieſe Temerität*, wenigſtens ein *grober* Irrthum, ſey auch dem juramento calumniae vorausgegangen — dieſes ſelbſt ſey *ſubjectiv leichtſinnig* abgeſchworen worden[261]. Jene aus der Eides-Leiſtung hervorgehende, die *Erlaubniſs* zu der proceſſualiſchen Verhandlung begründende, Vermuthung iſt durch das Reſultat dieſer vollzogenen Verhandlung, durch die Merkmale einer *objectiven*, *in abſtracto aufgefaſsten*, mala fides, wieder entkräftet und aufgehoben[262].

b)

260) Die bona fides iſt ja ein *Gegenſatz* der culpa lata, weil dieſe in das Gebiet der malae fidei gehört — ein präſumirter dolus iſt. §. I. Note 156.

261) Daſs dieſes die Natur eines wahren *Meineids* nicht habe, folgt aus deſſen, böſen Vorſatz vorausſetzenden, Begriff.

262) Vergl. F. Kühnhold, Pr. an juramento calumn. et relato praeſtito utriusque partis ſumt. litis comp. locum obtinere queat. Lipſ. 1755.

b) Das juramentum *in litem* im Sinne der Römischen Gesetze [263]), und der Zenonianische Eid, als eine, unrechtmäßige Gewalt voraussetzende *blose Abart* jenes Würdigungs-Eides [264]), ist die Folge eines *bewiesenen doli*, oder einer als *nicht zu bezweifelnd* vorliegenden *culpa lata* des Gegners, zugleich aber ein besonderes *Vorrecht* des *vorsätzlich* oder aus *grober Schuld* Verletzten, und *insoferne* als ein juramentum *suppletorium* nicht zu betrachten [265]). Es würde daher in einem harten Widerspruch mit der *Natur* und dem *Zweck* eines solchen Eides stehen, *dessen Abschwours wegen* die Unkosten zu compensiren. Dieses kann selbst dann nicht stattfinden, wann die von dem auf jene Weise Verletzten beschworne Summe des Betrags seines Scheines *richterlich ermäßiget* würde *); denn

263) L. 2. §. 1., verb.: *cum vero dolus* rel. L. 5. §. 3. Dig. *de in litem jurando.* 12. 3.

264) L. 9. Cod. *unde vi.* 8. 4. Cap. 7. X. *de his quae vi metusve rel.* 1. 40.

265) Martin. §. 221. Thibaut, in dem Syst. des Pand. R. Thl. III. §. 1166. *Archiv* für die civilist. Praxis. B. 4. Abh. 22. pag. 293. f.

*) *Archiv* a. a. O. pag. 294. ibi leg. all.

denn das Geſetz erlaubt ihm jene Beſtimmungsart.

Dahingegen iſt

c) das ſogenannte juramentum *in litem* *veritatis* [266]), ſo wie das juramentum *quantitatis* [267]), einem *Ergänzungs*-Eid gleich zu achten *) und alſo auf ſelbige *dasjenige* anwendbar, was §. bb. lit. B. in Hinſicht auf das juram. *ſuppletorium* als Princip aufgeſtellt wurde.

Ein gleiches muſs man von der *eidlichen Beſtärkung* eines *Handelsbuchs* deshalb behaupten [268]), weil die dem Kaufmann als Privilegium geſtattete Bequemlichkeit nicht ausſchlieſst, daſs er ſich nebenbei andere vollbeweiſende Mittel, Wahrheit und Gröſse ſeiner Schuld darzu-

266) L. 2. §. 1. pr. L. 4. §. 4. L. 5. §. 3. Dig. *de in litem jurando*. 12. 13. *Culpa*. bezeichnet in dieſen Geſetzen die *culpam in ſpecie*, als Gegenſatz des doli und der dieſem gleichſtehenden culpa lata. Exerc. ad. doct. de culpa. Faſc. I. exerc. IX. §. 2. nr. II. Thibaut, a. a. O. lit. B.

267) Martin, §. 179. nota e.

*) *Archiv* für die civiliſt. Praxis. B. 4. Abh. 22. lit. b. pag. 295.

268) A. M. iſt Berger, in elect. diſcept. for. Tit. XXXVI. Obſ. II. not. 3. pag. 946.

zuthun, zum Voraus ſichern könne, und weil die Wirkungen der Privilegien enge zu erklären ſind. Der Kaufmann kann alſo von der Ableiſtung ſeines Erfüllungs-Eides wenigſtens *nicht mehr Wirkung* verlangen, als jede andere Partei, welche durch den Abſchwur eines richterlichen Eides Sieger wird.

Am zweifelhafteſten erſcheint

d) die Frage: ob nicht die Ableiſtung eines *Schiedeseides* [269]) die Vergleichung der Unkoſten begründe?

Die Geſetze ſelbſt legen dieſem Eid die Natur und Folgen eines *Transacts* bei [270]); und ſiehet man nun hin auf den Zweck und die Natur eines Vergleiches (§. bb. not. 249), ſo iſt es nicht zu bewundern, wann viele kräftige Rechtsgelehrte der Meinung ſind: „ſo oft ein Schiedes-Eid in der *Hauptſache*, wäre es auch nur über einen oder den andern zu

269) Martin, §. 213. u. d. f.

270) „Jusjurandum *ſpeciem* transactionis continet" rel. L. 2. Dig. *de jurejurando*. 12. 2. „*Quodſi alias inter perſonas jurejurando transactum ſit negotium*" rel. L. 31. in fine *ej. tit.* Pomponius autem (ait) „*per jusjurandum transactum videri.*" L. 21. Dig. *de dolo malo*. 4. 3.

zu deren Entſcheidung beitragenden Punkt, geſchworen werde, ſeyen die Proceſskoſten zu compenſiren.“ Auch bringt man hiebei den abgeleiſteten *Gefährde-Eid* in Anſchlag, und nicht wenige Gerichte und Spruchcollegien waren und ſind annoch jener Anſicht praktiſch beigethan [271]).

Allein die Römiſchen Geſetze, welche ohnehin hauptſächlich den *auſsergerichtlichen* willkührlichen Eid zum Gegenſtand

271) Man ſehe die bey Emmrich a. a. O. §. 36. not. g. pag. 186. angezogenen vielen Rechtsgelehrten. Auch nicht wenige Landesgeſetze ſtimmen bey. Oelze a. a. O. §. 287. not. m. Emmrichs Hauptgrund: „der Eid werde über *dunkle, zweifelhafte*, Thatſachen angetragen,“ iſt wohl der flachſte aller Gründe. Ueber *dunkle*, d. h. *zweydeutige*, *an ſich unklare*, Thatſachen iſt der Eidesantrag *gar nicht erlaubt.* Wird aber unter *dunkel* verſtanden: *ungewiſs*, *des Beweiſes bedürfend* u. dergl., ſo haben *alle* zubeweiſende Thatſachen dieſe Eigenſchaft, und würden ohne ſolche ein Gegenſtand des Beweiſes nicht werden.“ Martin, §. 176. Da nun, von dieſem Geſichtspunct aus, *jeder* Beweis über *dunkle* d. h. in Hinſicht auf *Wahrheit* noch nicht aufgehellte, Thatſachen geführt wird, ſo müſste der Gebrauch eines *jeglichen* Beweismittels die Koſtenvergleichung begründen.

ſtand haben, erklären nicht beſtimmt: „jener Eid *ſey wirklich ein Vergleich*;“ ſondern indem ſie äuſsern: „er habe den *Anſchein*“ (*ſpeciem, videri*), wollen ſie wohl nur bemerklich machen, daſs dasjenige, was auf jene Weiſe beſchworen worden ſey, *eben ſo feſt, wie ein Vergleich, gehalten und erfüllt werden müſſe, ſo wenig, als dieſer und eine res judicata einſeitig ſich wieder auflöſen laſſe.* Sie wollen, daſs die Eidesleiſtung ein *feſtſtehendes Recht* unter den Parteien bilde — daſs die von der einen beſchworne Thatſache für *ſchlechthin wahr* gehalten werden ſolle.

Betrachtet man hingegen den Schiedeseid als *ordentliches Beweismittel*, in deren Reihe er eingetreten iſt [272]), ſo folgt dorther nichts mehr und nichts weniger, als daſs er als das kräftigſte Mittel, *die juridiſche Wahrheit einer Thatſache herzuſtellen*, beurtheilt werden, jeden Zweifel an deren Gewiſsheit aufheben und ſo es begründen ſoll, den Schwörenden *ganz*, in Rückſicht auf das *völlige Object* des Streites, welches der Eidſchwur umfaſst, als *Sieger* darzu-

272) Abh. V. §. m. not. 113.

zuſtellen. Es bleibt alſo *nicht zweifelhaft*, wem der Obſieg gebühre — kein Theil verzichtet auf einen Theil ſeiner Forderung — *inſoferne* zeigt ſich keine Spur der Natur eines Vergleiches [273]. Daſs aber das juramentum calumniae einen beſondern Grund der Koſtenvergleichung nicht abgeben könne, wurde ſchon lit. a. nachgewieſen. Alle übrigen Stützpunkte der Gegner ſind von mehr geringen Belang. Denn ſey es immerhin wahr, daſs manche Partei nothgedrungen, aus Mangel an andern Beweismitteln, ihre Zuflucht zu den Antrag eines Schiedes-Eides nehmen muſs, daſs man den Gegner als Zeugen in eigner Sache anerkennt *), und ſo das Schickſal des Proceſſes zutraulich in ſeine Hände legt u. dergl., ſo iſt doch alles

[273]) Scharfſinnig ſpricht Schmidt gen. Phiseldeck a. a. O. §. 19. pag. 102. „Die Eidesdelation kann zwar, *an ſich betrachtet*, als ein Vergleich wohl angeſehen werden, jedoch *nur über den Beweis*, *nicht über die Sache* — *nicht über das Objectum litis*. u. ſ. w. Vergl. a. *Archiv* f. die civiliſt Praxis. B. 2. Abh. 2. §. 3. pag. 31. ff.

*) *Archiv* f. d. civiliſt. Praxis. B. 1. Abh. 3. §. 7. nr. 2. u. lit. b. pag. 50. ff.

alles dieſes *nicht nothwendig* der Fall, da der Beweisführer auch *verſäumt haben kann*, *andere* Mittel, das jetzt ſtreitige Factum darzuthun, ſich zu ſichern [274]), und da er vielleicht von der *Wahl* der Beweismittel Gebrauch macht[275]) u. ſ. w.

Darüber kann und darf der Richter eben ſo wenig erſt eine Unterſuchung verfügen, als er dem das Gewiſſen ſeines Gegners in Anſpruch nehmenden Beweisführer, hätten die Geſetze den Schiedeseid unter die ordentlichen Beweismittel nicht aufgenommen, dann auf irgend eine Weiſe zu Hülfe kommen könnte, wann er, um ein ſich ſelbſt vollbewuſstes Recht nachzuweiſen, ſchlechthin von allen Mitteln entblöſst wäre, den Richter bis zu irgend einem Grad von der Wahrheit ſeiner Behauptung zu überzeugen. Er würde dieſen *Zufall ſelbſt tragen* und ſich ſchon deshalb als einen leichtfertigen Streitführer beurtheilen laſſen müſſen, weil er ſich in ein Ge-

274) War es z. B. ein Contract, aus welchem er klagt oder excipirt, ſo konnte er, oder ſein Erblaſſer u. dergl., Zeugen zuziehen, eine ſchriftl. Urkunde bedingen u. ſ. w.

275) Martin, §. 175ª. edit. 1819.

Gebiet wagte, wo das kahle Vorgeben, „man ſey ein ehrlicher Mann," nicht gegen Wette und Buſse ſichert.

So wenig ſich alſo nach einer gründlichen Theorie annehmen läſst [276]), die Ableiſtung eines Schiedes-Eides befreie den Deferenten oder Referenten [277]) von Er-

[276]) Man vergleiche, jedoch mit Vorſicht, Weber, a. a. O. §. 12. u. Schmidt gen. Phiseldeck, a. a. O. §. 19.

[277]) Darüber: „ob nach geſchehener Ableiſtung eines *referirten* Schiedes-Eides (Martin, §. 216.) die Proceſskoſten zu vergleichen, oder dem ſchwörenden Sieger zu erſtatten ſeyen? ſind die Meinungen der Rechtsgelehrten und deren Gründe vorzüglich mannichfaltig. M. ſ. Emmrich, a. a. O. §. 37. Wäre die Entſcheidung eines Rechtsſtreits durch einen angetragenen Eid wirklich *als Vergleich* zu beurtheilen, und träte der L. 25. Dig. *de jurejur.* 12. 2. nicht *eben das* entgegen, was oben von dem Schiedes-Eid überhaupt, als ordentliches Beweismittel betrachtet, geſagt wurde, ſo dürfte man allerdings behaupten, auch die den angetragenen Eid *zurückſchiebende* Partei ſey mit der Erſtattung der Unkoſten an den im Gefolge deſſelben Abſchwurs ſiegenden Gegner zu verſchonen. Denn da die Geſetze die relatio juramenti als ein *Recht* darbieten, und es ſogar für *beſcheidener* erachten, hiervon Gebrauch zu ma-

Erſtattung der Proceſskoſten, ſo wenig läſst ſich jedoch *als eine von jeder Ausnahme freie Regel* aufſtellen: „derjenige, *gegen welchen* ein ſolcher Eid abgeleiſtet werde, müſſe ſämmtlichen Koſtenaufwand des Rechtsſtreits allein übernehmen.“ Denn *andere* Compenſations-

Grün-

machen, als ſelbſt zu ſchwören, L. 35. Dig. *de jurejur.* 12. 2. L. 25. Dig. *de conſt. pecun.* 13. 5., ſo läſst ſich die Relation keinesweges als den Grund eines *böſen Gewiſſens* aufgreifen, wie es gleichwohl die neuern Sächſ. Proceſsordnungen, und andere Landesgeſetze, zu nehmen ſcheinen. Allein es bedarf *dieſes* Grundes zu der Rechtfertigung der Meinung nicht, „daſs es in Rückſicht auf den Koſtenpunkt *gleichviel* ſey, ob der angetragene Eid *abgeſchworen* oder *zurückgegeben* werde.“ *Dort* hat der Beweisführer *gar nicht*, *hier voll* bewieſen; und der Beſiegte hat alſo, tritt ein *anderer* Grund zu der Compenſation der Unkoſten nicht hervor, dieſe dem Sieger zu erſtatten. Weber, a. a. O. §. 12. pag. 122. Schmidt gen. Phiseldeck a. a. O. §. 19. nr. 2. pag. 104. Eine Ausnahme tritt in dem Fall ein, wo der über ein mit *Nichtwiſſen* beantwortetes Factum alienum deferirte Eid zurückgegeben und von dem Beweisführer abgeſchworen wird. §. bb. lit. D. Weber, a. a. O. pag. 123. coll. §. 8. Vergl. a. *Archiv* f. d. civiliſt. Praxis. B. 2. Abh. 2. §. 4. pag. 33. ff.

Gründe ſind hierbei *nicht ausgeſchloſſen.* Iſt z. B. auch das *Factum* als wahr beſchworen, ſo kann doch das hierauf anzuwendende *Recht ungewiſs ſeyn* — es können, des abgeleiſteten verneinenden Eides ungeachtet, Thatſachen als erwieſen in den Acten vorliegen, welche eine Schuld des Schwörenden in Hinſicht auf die Veranlaſſung des Proceſſes ausſprechen — es hatte vielleicht der Eid nur *einen Theil* des Beweiſes zum Gegenſtand, während *ein anderer Theil* die bona fides des Unterliegenden rechtfertiget u. ſ. w. Für nicht weniger ſchwierig kann man

e) die Frage anſehen: „ob die Ableiſtung eines *Diffeſſions*-Eides vorausgeſetzt, dieſer habe die Auflöſung des *ganzen Beweiſes* zur Folge [278]) — den Producenten der von dem Producten eidlich verneinten Urkunde verpflichte, ſämmtliche Unkoſten des Proceſſes allein zu übernehmen, oder ob die Ableiſtung jenes Eides die Compenſation der Proceſskoſten begründe"? —

Iſt dieſer Eid, wie gegen deſſen *Zweck*, *In-*

278) B. Z. in dem Executiv-Proceſs. Martin §. 241.

Inhalt und *Folgen*, Martin glaubt [279]), blos ein *Gefährde*-Eid, so kann derselbe einen Kostencompensations-Grund um so weniger abgeben, weil selbst derjenige, welcher ihn leistet, nach dem obigen (lit. a.) *daher* jenen Grund nicht ableiten kann. Ist er aber, wie Danz [280]), Malblanc [281]) und Thibaut [282]) wollen, ein auf den Fall, dass der Product die Urkunde nicht anerkenne, demselben über deren Aechtheit stillschweigend *angetragener* Haupteid, so wäre die Entscheidung aus den Principien

279) Martin. §. 196. not. i. und §. 203. not. d. Die hierzu angezogene Nov. 49. Cap. 3. spricht lediglich vom, mit dem Diffessions-Eid auf keine Weise verwandten, generellen Eid für Gefährde. Den Römern war die diffessio jurata einer Urkunde ganz fremd. L. 17. Cod. *de fide instrum.* 4. 21. Nov. 73. Cap. 7. Näher habe ich mich über *Natur* und *Wirkung* des *Diffessionseides* erklärt in dem *Archiv* für die civilist. Praxis. B. 2. Abh. 1. §. 1. pag. 9. und Abh. 32. pag. 126. f.

280) In den Grunds. des ordentl. Processes. §. 334.

281) In doctr. de jurejurando. §. 50.

282) In dem Syst. des Pand. R. Thl. III. §. 1181. conf. a. Leyser, spec. 277. med. 1. Vergl. vorzügl. *Zimmern*, com. de juramento diffessionis. Heidelb. 1817.

pien unter lit. d. zu schöpfen, dahingegen ist die Beantwortung jener Frage (lit. e.) nach den Grundsätzen unter lit. B. §. bb. zu bestimmen, daferne die eidliche Diffession, nach der Meinung nicht weniger Rechtsgelehrten [283], einem *Purgatorio* gleich stände.

Die teutschen Reichsgesetze erwähnen des Diffessions-Eides zwar nicht wörtlich; allein indem daselbst geboten wird: „in puncto recognitionis sollte, auf des Klägers (Producenten) Erfordern, der Beklagte (Product) sich der Gebühr, *recognoscendo vel diffidendo*, unter gewöhnlichem Praejudiz, und Strafe des Procurators, vernehmen lassen," [284] darf man annehmen, dass die angedeutete *Diffessio* kein *bloses Verneinen* der Aechtheit des vorgelegten Documents bezeichnen solle, sondern auf den Diffessions-*Eid* hinzeige. Denn nirgends bedienen sich die Reichsgesetze des

283) Schaumburg, in princ. prax. jud. Lib. I. Sect. I. Mbr. III. Cap. III. §. 23. Canz, in tract. de probabilitate juridica §. 202. Piper in diss. de vera juramenti diffissionis indole. Jenae 1804.

284) Reichs-Absch. v. J. 1654. §. 39. a. E.

des Wortes *diffitiren* an ſtatt der bloſen verneinenden Antwort, und längſt vor dem Jahr 1654 pflegte man dortmit den Begriff des *eidlichen* Abläugnens zu verbinden *). Jenes vorausgeſetzt ähnelt der Diffeſſions-Eid einem juramento *legali*, welches mit der Recognition eine *reine* Alternative bildet. Gewiſs iſt er *vaterländiſchen* Urſprungs [285]), und es hat viel Anſchein für ſich, daſs unſere Altvordern, denen das Schmieden ſolcher Urkunden wohl noch viel ſchwerer fallen mochte, als überhaupt die Fertigung ſchriftlicher Documente, dieſen die *Vermuthung der Aechtheit* zutheilten, und daher, zur Entkräftung dieſer Präſumtion, von dem, welcher nach ihrem Inhalt verbindlich ſeyn ſollte, eine *eidliche Abläugnung* forderten. *Inſoferne* würde ſich die Natur eines *Reinigungs*-Eides zeigen [286]). Al-

*) Vergl. z. B. die Churſ. Proceſsordn. v. J. 1622. Tet. XXV. §. 2. ff.

285) Malblanc l. c. §. 50.

286) Dieſe Eigenſchaft mögte ſich wohl *in den Fällen* nicht bezweifeln laſſen, wo der Product *die Unterſchrift der Urkunde anerkannte*, desungeach-

Allein eben ſo wahrſcheinlich, und aus mehr ſichern *geſchichtlichen* Gründen, läſst ſich annehmen, daſs jener Eidſchwur kein anderer als *derjenige* iſt, welchen, nach altdeutſchem Proceſs, jeder aus einem *auſsergerichtlichen* Rechtsgeſchäft in Anſpruch genommene Beklagte, verneinte er daſſelbe, *ſofort ableiſten konnte* [287]), um ſich von der angeſonnenen Verbindlichkeit ohne Wette und Buſse zu befreien *). *Hiervon* ausge-

achtet jedoch, aus beſondern Gründen, zu der eidlichen Ableugnung des *Inhalts* zugelaſſen wird, z. B. weil die Urkunde indicia falſi an ſich trägt.

287) Jus Prov. Allem. Cap. 381. §. 3. Sächſ. Landr. Lib. I. Art. 7. u. Lib. III. Art. 32. „Wer etwas borget, oder gelobet, der ſoll es gelten, und was er thut, das ſoll er ſtets halten. Will er es aber läugnen darnach, *er erwehret ſich des mit ſeinem Eide*, wo er es *vor Gericht nicht gethan hat.* Was er aber vor Gericht thut, da ſoll der Mann nicht um ſchweren. Denn das überzeuget ihn der Sachwaldige wohl mit zweien andern Männern, und der Richter ſoll der dritte ſeyn." Man erkenne hier den Sproſsen des Princips:" Privaturkunden können eidlich diffitirt werden, nicht aber öffentliche Urkunden!" —

*) *Kurz* war das Beweisverfahren der alten Teut-

ſchen

gegangen kann der Diffeſſions-Eid die Koſtencompenſation nicht zur Folge haben.

2) *Präjudicien*[288]), für ſich allein betrachtet, begründen die Koſtenvergleichung dann keinesweges, wann für den vorliegenden Fall klare Geſetze zur Entſcheidung ſich vorfinden. Dieſes ſprechen die Geſetze kräftig aus [289]); und es folgt auch ſchon daher, weil jedes Erkenntniſs eines Gerichts ſeine Wirkung über die *ſtreitenden Subjecte* hinaus nicht erſtrecken ſoll [290]). Daſs *dieſes Rechtens ſey*, ſoll die Partei wiſſen, und es gilt für *grobe Ignoranz*, oder *offenbaren*

Leicht-

ſchen — ſchnell entſchiede oft der Eid. Man denke an die *Conjuratores.*

[288]) D. h. die von einem Gericht, oder in deſſen Namen von einem öffentlichen Spruchcollegio, als Entſcheidung eines verhandelten Rechtsſtreits ausgeſprochene Meinung.

[289]) Non *exemplis* ſed *legibus* judicandum eſt, rel. L. 13. Cod. *de ſentent. et interlocut.* 7. 45., et non ſpectandum, quid Romae factum eſt, quam *quid fieri debeat.* L. 12. Dig. *de officio praeſidis.* 1. 18.

[290]) Man ſehe die Geſetze not. 25. und not. 122. *Archiv* für die civiliſt. Praxis. B. 1. Abh. 3. §. 3. pag. 31.

Leichtsinn, wann sie glaubt, „weil der Richter vormals *so* gesprochen habe, so werde er jetzt abermals *eben so* entscheiden“ [291]). Sie, die *Präjudicien*, kommen aber alsdann, wann für den vorliegenden Fall *kein Gesetz vorhanden*, oder dieses *dunkel* und *zweideutig* ist, insoferne in Betracht, als sie der aus jenem Grund schon vorhandenen Compensations-Ursache §. bb. lit. A. nr. III. *hinzutreten*, und solche um so mehr *befestigen*, weil unter jenen Verhältnissen die gerichtlichen Rechtssprüche zur *Declaration* dienen, und ein *Gewohnheits-Recht* zu begründen vermögen [292]).

3) Auf gleiche Weise verhält es sich mit den in öffentlichen Druckschriften ausgesprochenen *Gesetzerklärungen* und *Meinungen der Rechtsgelehrten* [293]). Ein *klares*

[291]) M. vergl. Weber, a. a. O. §. 11. Schmidt gen. Phiseldeck §. 23. pag. 142. Emmrich, a. a. O. §. 54.

[292]) „*Nam Imp. nostr. Sev. rescripsit, in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem, aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem, vim legis obtinere debere.*“ L. 38. coll. L. 37. Dig. *de legibus* 1. 3.

[293]) Man vergleiche hiermit, was oben §. bb. lit. E.

res Gesetz können diese, und wären sie *alle* gleicher Meinung, Glossatoren oder nicht, so wenig beugen, als den Richter der Beobachtungspflicht, oder die Parteien der Verbindlichkeit entheben, *das Gesetz selbst* kennen zu lernen. Allein beide können aus jenem Gebiete der Doctrin den Unterricht schöpfen, *inwieferne* es an positiven Gesetzen *ermangele*, oder *inwieweit* das jus *zweifelhaft* und *in der Anwendung schwierig* sey. *So* will es ja selbst der Staat, indem solcher von dem Richter und Advocaten die Kenntnis rechtswissenschaftlicher Schriften, ja sogar *das* fordert, dass sie in Officialgeschäften jene Lichter sich vorleuchten lassen sollen [294]. Und wenn nun derjenige, welcher eine Rechtsverfolgung bezweckt, das Factum durch seinen Rechtsfreund unter die Gesetze sub-

E. von dem *Mangel* oder der *Dunkelheit* eines positiven Gesetzes gesagt wurde. Aus jenem Verhältniss, und aus dem Widerspruch mehrerer Gesetze unter sich, gehen vorzüglich die sogen. *opiniones doctorum* hervor

294) Man prüft wohl eher nach Hellfeld, als nach Justinian.

ſubſumiren läſst, dieſer aber ohne Irrthum ſich unterrichtet, oder vorher ſchon unterrichtet war, daſs der Geſetzgeber eine *Lücke* oder *Dunkelheiten* zurückließe, hierauf ſeine Zuflucht zu den Commentatoren der Geſetze und anderen in der juriſtiſchen Litteratur-Geſchichte berühmten Rechtsgelehrten nimmt, dabei in den Schriften eines gröſsern oder geringern Theils derſelben auf den Fall ſeines Clienten anwendbare, ihm beifällige, Rechtsgrundſätze wiſſenſchaftlich bearbeitet findet, auf ſolche die Rechtsverfolgung ſtützt, jedoch letzter *blos aus dem Grunde* als der beſiegte Theil zurückgeworfen wird, weil der Richter nicht dem *Donell*, *Cujaz*, u. ſ. w., ſondern einem *Leyſer*, *Stryck*, *Hommel* u. ſ. w., in dieſem Streitpunkte beiſtimmt, oder, noch weiſer, eine ganz neue Meinung ſelbſt erfunden hat, — ſoll er, jener Beſiegte, auch ſeinem Gegner die Unkoſten *deshalb* erſtatten, weil der Richter zu *Leyſers* u. dergl. Fahne ſich hält, und leichtmöglich die Bekanntſchaft eines *Donell*, *Cujaz* u. ſ. w., eben ſo wenig ſuchte, als er weiſs, daſs, nachdem er ſeinen aca-

de-

demischen Heft binden liesse, die Lehre, aus welcher jetzt zu schöpfen war, auch noch von anderen Sachkundigen bearbeitet wurde? *) — Ein *anderer* Grund, dem Besiegten in jenem Fall sämmtliche Unkosten aufzubürden, *ist gar nicht vorhanden*; denn dieser Besiegte *irrte nicht* — wenigstens vermag es kein Rechtsgelehrter — dieser werde *vorher* oder *nachher* darüber zu Rathe gezogen — darüber *entscheidend abzusprechen: ob* jener Ueberwundene *wirklich irre oder nicht geirrt habe.* Auch ist ein solcher Besiegte sonst *ausser aller Schuld*, da er doch wohl dem *Donell* wenigstens eben so viel Zutrauen schenken durfte, als der Richter dem *Stryck* — da er zu wissen *nicht schuldig und nicht fähig* war, *welcher* Meinung beizupflichten dem Richter gefällig sey — und da derselbe, hätte er solchen auch als *Leyseristen*, *Strykianer* u. s. w.,

*) Man suche sich die Ueberzeugung zu verschaffen, ob nicht viele Richter z. B. kaum den Namen eines *Savigny* u. s. w. kennen, und ob nicht dessen classisches Werk über den Besitz für die mehrsten ein unbekanntes Land ist! — So verhält es sich leider in allen Fächern der Rechtskunde.

ſ. w., bereits kennen lernen, doch nicht berechnen *konnte*, ob dermalen nicht ein anderes Licht dem Staatsrepräſentanten erleuchten und ihm vorleuchten werde. WEBERS ganze Ausführung [295]), welche um ſo gefährlicher iſt, als ſeine eigene Autorität aus gediegenen Schriften hervorgienge, führt daher zu dem Princip: im Zweifel iſt *das allein Recht*, was der einfältigſte Richter dafür erkennt, und nur von dieſem hängt es ab, als authoriſirter Despote demjenigen einen Theil ſeines Vermögens abzunehmen, der es wagt, unter der Aegide berühmter Rechtsgelehrten einen ihm, jenem Richter, in dieſer Streitſache miſsbeliebigen Rechtsſatz angewendet wiſſen zu wollen.

Gegründet iſt alles, was WEBER daſelbſt von der Miſslichkeit der Meinungen der Rechtsgelehrten ſagt, ſo wie von der Verlegenheit, *welche* aus ihren Legionen man für *berühmt* und *bewährt* halten könne und dürfe, ingleichen von ſo vielen gegenſeitig ſich bekämpfenden Miſsgeburten ſchwacher und blödſinni-

ger

[295]) a. a. O. §. 10. pag. 89. u. d. f.

ger Rechtstrabanten — von der Möglichkeit, auch für die Rechtfertigung des Unſinns einen Beleg zu finden — von der traurigen Gewohnheit der Richter und Advocaten, die ſogenannte Autorität für das Geſetz ſelbſt zu halten, und in der Verlegenheit eher dort als hier Hülfe zu ſuchen; allein aus allem dieſen kann doch rechtlich nicht folgen, daſs, *unterſtellt man das Abſeyn oder die Zweydeutigkeit eines poſitiven Geſetzes*, der *nur im Gefolge dieſes leidigen Rechtszuſtandes Beſiegte* die Schuld des Staates allein büſsen, als einen leichtfertigen Streiter ſich beurtheilen laſſen müſſe — und zwar dieſes gerade *aus dem Grund*, weil jener richtende ſchwache Autoritäten-Krämer ſein *ſic volo, ſic jubeo!* beliebig ausſpricht.

Auch kann allerdings jenes Unweſen manchen Calumnianten zur Decke dienen; dennoch aber iſt es, ſo lange der Staat ſchläft und das Unheil durch eine geordnete, erſchöpfende und verſtändliche, Geſetzgebung mit der Wurzel, *nach Menſchenkräften*, nicht ausrottet, weit gerechter, *beide* in jenes Gewirre richterlicher Willkühr geſtoſsenen Parteien

teien *als Opfer des Ganzen* zu betrachten, als den, welcher zufällig hangen bleibt, allein auszuplündern. Dem richterlichen Ermeſſen [296]) muſs man in dieſem leidigen Nothſtand freilich überlaſſen, welche in der Literatur bekannte Rechtsgelehrten er für ſo wichtig halten will, um durch derſelben Meinung die Koſtencompenſation für gerechtfertiget zu achten — und iſt der Richter *mit dem Grad* der Kenntniſs und Klugheit ausgerüſtet, welchen Weber [297]) in dem Schädel jedes Gerichtshalters vorausſetzt, ſo wird derſelbe wohl auch das Stroh von den Körnern zu ſcheiden wiſſen. Auch kann deſſelben einzelne Verirrung zu einer nicht hinlänglich begründeten Koſtencompenſation *das Ganze weit*

296) Iuſtinians Inſtruction in der L. 1. §. 6. Cod. *de veteri jure enucleando.* 17. (Conſt.: *Deo auctore rel.* §. 6.) läſst hierbei ſich anwenden.

297) a. a. O. §. 10. pag. 95. In einer andern Stelle hingegen §. 11. pag. 109. glaubt derſelbe, durch unrichtige Vorträge einer Partei könne der Richter hingeriſſen und beſtimmt werden, unrichtig zu erkennen. Dergleichen Schwächlinge giebt es wohl mehr, als jener klugen Köpfe, die nur des Geſetzbuches bedürfen.

weit weniger benachtheiligen und schänden, als ein Wille des Staates: „bey dem Mangel eines Gesetzes, oder falls dieses zweideutig und unter den Augen der Gesetzgebung von der Doctrin mehrfach erklärt, auch von den Richtern selbst verschieden angewendet werde, solle, zu Ehren der Bequemlichkeit und Gleichförmigkeit, der durch den ungebundenen Eigenwillen jedes Richters zufällig Besiegte alle Unkosten des Rechtsstreits allein übernehmen [298]).

4) *Responsa* juris [299]), habe die zu einem Rechtsstreit sich rüstende, oder in diesem

[298]) Man vergleiche auch SCHMIDT gen. PHISELDEK, a. a. O. §. 23. u. EMMRICH, a. a. O. §. 51. welche WEBER beyzupflichten scheinen. Es kommt aber nur darauf an, den Fall, in welchen die opiniones doctorum von Wirkung seyn sollen, gehörig aufzufassen, nemlich den Fall des *Mangels*, oder der *Dunkelheit*, oder des *Widerspruchs*, eines positiven Gesetzes. Einen *solchen* Fall vorausgesetzt ist sowohl EMMRICH §. 44. u. d. f., als SCHMIDT §. 23. u. 24. pag. 146. u. d. f., mit WEBER nicht einstimmig.

[299]) D. h. von öffentlichen Spruchcollegien, oder auch einzelnen Rechtsgelehrten, über den ihnen vorgelegten Rechtsfall ertheilte Gutachten oder Consilia. S. m. Anleitung zur gerichtl. Praxis. §. 59.

sem befangene, Partei selbige von einem einzelnen Rechtsgelehrten, oder von dem berühmtesten öffentlichen Spruchcollegio, einem Schöppenstuhl oder einer Juristen-Facultät, sich ertheilen lassen, und seyen jene Gutachten dem Quaerenten auch vollkommen beifällig, können *an sich betrachtet* eben nicht mehr Einfluss auf das Erkenntniss über die Unkosten haben, als die Meinung des gewählten Advocaten [300]).

Das in Hinsicht auf die Präjudicien angezogene Römische Gesetz [301]) begreift auch das *Verbot* an den Richter, „dergleichen Consultationen zur *Richtschnur* zu

[300]) Das Nichtwissen oder Falschwissen *eines vorhandenen und deutlichen Gesetzes* schade immer, und werde nie verziehen, man möge Gehülfen des Unterrichts zugezogen haben, oder nicht. Trauet man diesen, so gehe dieses auf eigene Gefahr und Rechnung. Dortmit verwechsle man nur nicht, *den Irrthum in der Subsumtion des Facti unter jenes Gesetz. Hierbei*, wann *die Reflexion sich täuscht*, wann das *Factum so beschaffen ist*, dass mehre *nicht zugleich anwendbare*, Gesetze in Collision treten, wird *nur die temeritas* als *Grund* angesehen, dem Gegner *die Processkosten erstatten zu müssen.*

[301]) L. 13. Cod. *de sentent. et interlocut.* 7. 45.

zu nehmen," und ein teutſches Reichsgeſetz hat einen ſolchen Gebrauch jener Gutachten ausdrücklich unterſagt [302]. Doch können, wie auch dieſes Geſetz klar genug erwähnt, die *Rechtsgründe* eines ſolchen Gutachtens, *inſoferne* ſelbige auf das *in den Acten* verhandelte Factum anwendbar ſind, des Richters Beherzigung verdienen — ſie können in ihm, mangelt ein klares auf jenes Factum anwendbares Geſetz, die Ueberzeugung *befeſtigen* [303], daſs auch der un-

302) — „wie auch, rechtliche Conſilia und Berathſchlagungen mit vorangeſetzter facti ſpecie und den rationibus dubitandi in Geſtalt einer Quaſi-Relation zu übergeben, erlaubt ſeyn, ſolche Conſilia aber *weder in referendo*, *noch in votando*, *Ziel und Maas geben* (d. h. zur Richtſchnur dienen) noch, *ſoviel das Factum belangt*, einigerley Weiſs attendirt werden ſolle." R. Abſch. v. 1654. §. 96.

303) Das von Schmidt gen. Phiseldeck a. a. O. §. 24. pag. 146. angeführte Verhältniſs, in welchem derſelbe die Reſponſa als Sicherung gegen den Vorwurf einer Temerität anſiehet, gehört wohl in das Gebiet des *dunklen* und *zweifelhaften Rechts*, wo die Koſtencompenſation ohnehin heimiſch iſt. Man vergl. Weber a. a. O. §. 10. pag. 97. u. d. f. und Emmrich, §. 52.

unterliegende Theil es nicht verdiene, in sämmtliche Unkosten des schwankenden Rechtsstreits verurtheilt zu werden.

5) Die *Bestätigung* eines von der Rechtskraft abgehaltenen Erkenntnisses kann, *an sich betrachtet* [304]), weder zu der Verurtheilung des Appellanten, Revidenten, Leuteranten u. s. w., in die Unkosten des verzögerten Processes, noch zu deren Vergleichung, einen Grund abgeben, sondern dieser ist in der Beschaffenheit der gegen das confirmirte Erkenntniss aufgestellten Beschwerden, mit Rücksicht auf die Verhandlungen der *vorigen* Instanz, nach den allgemeinen Principien zu suchen.

Daferne insonderheit

a) die Streitfrage in dem Gebiete des *ungewissen Rechts* sich herum treibt, so dass das vorige Erkenntniss auf des *Richters Beipflichtung zu einer streitigen Meinung* beruht (§. bb. lit. E.), so sind die Unkosten der zweiten, ja der drit-

304) Doch stehet auch hier der Rechtssatz: *victus victori restituere debet litis expensas* (§. q.) an der Spitze — ihre Anwendung hat die Rechtsvermuthung für sich.

dritten, u. ſ. w., Inſtanz *bis dahin jedesmal* zu compenſiren, wo dreigleichförmige Rechtsſprüche dem einen Theil *Stillſchweigen geboten haben* [305]).

Denn in drei verſchiedenen Inſtanzen ſoll, *gemeinem teutſchen Rechte nach*, jeder Unterthan ſein Recht prüfen laſſen dürfen, und dieſes heilige unverletzbare Recht dreier Inſtanzen [306]) wird *beengt* und *gemiſshandelt*, ſoll, *im vorausgeſetzten Fall des Mangels oder der Dunkelheit eines Geſetzes*, der Appellant u. ſ. w. auf alleinige Koſten erforſchen, „welcher Meinung wohl noch zwei Richter zugethan ſeyn möchten.“ Bis dahin kann man ihn weder eines *Irrthums*, noch *ſonſt einer Schuld*, bezüchtigen — ja, wenn auch das dritte Erkenntniſs ihn niederſchlägt, ſo iſt hierdurch ſein bona fides nicht aufgehoben, ſondern er wird nur das Opfer der geſetzgebenden Regierungsgewalt, die jener ſelbſt veranlaſsten, oder durch menſch-

305) L. un. Cod. *ne liceat in una eademque cauſa tertio provocare.* 7. 70.

306) R. Dep. Abſch. v. J. 1600. §. 15. R. A. v. J. 1654. §. 108. u. d. f. Gönner, in dem Handb. u. ſ. w. Thl. III. Abh. LV. §. 20. u. d. f.

menschliche Kräfte nicht zu hebenden, natürlichen Unendlichkeit des Rechtsstreites durch Versagung weitern Gehörs aus Politik eine *gewaltsame* Gränze setzen muss. Die auf diesem Wege endlich unterliegende Partei war nicht verbunden, von der Richtigkeit der vorhergehenden, von ihr angefochtenen, Erkenntnisse sich zu überzeugen — auch die gelehrtesten Gründe vermochten jenes nicht, da deren Kraft nicht dahin reicht, der Rechtsungewissheit, samt den deshalb in der Doctrin entstandenen verschiedenen Meinungen der Rechtsgelehrten, ein Ende zu machen, und der nach dem Erkenntniss für besiegt erachteten Partei die *wohlbegründete Hoffnung* zu entziehen, *ein anderer Richter werde anders erkennen.* Der Richter, welcher eine solche Partei zu dem Ersatz der Unkosten verurtheilt, masst sich die Eigenschaft eines *Gesetzgebers* an [307]) — und *das soll er nicht seyn.*

Im

[307]) Es ist daher die gewöhnliche Regel: „wird das vorige Erkenntniss *pure* bestätiget, so muss der Appellant, Revident, Leuterant u. s. w., die

Im Fall hingegen

b) nur die richtige oder unrichtige *Subſumtion des Facti unter das vorhandene deutliche Geſetz* in Frage ſtehet [308]),

ſo

die Unkoſten des verzögerten Proceſſes allein tragen und dem Gegner erſtatten," nicht ſo blindlings zu befolgen. wie es die gewöhnliche Bequemlichkeit liebt. Das Cap. 59. X. *de appellat.* 2. 18. und Cap. 5. in 6to *ej. tit.* 2. 15. ſagen nur ſoviel, „wer *minus rationabiliter* oder *frivole* appellire, ſolle zurückgewieſen und in die Unkoſten verurtheilt werden," und es ſprechen jene Geſetze auch eigentlich von einem *rejectoriſchen* Reſcript. Und nach der L. 6. §. 4. Cod. *de appellat. et conſult.* 7. 62. ſoll derjenige gelinde beſtraft werden, *qui malam litem* fuerit perſecutus. Dieſes Geſetz ſtehet im Zuſammenhang mit L. 5. Cod. *quorum appell. non recip.* 7. 65., welches verordnet: wer *perperam* den Proceſs durch ein Suſpenſiv-Rechtsmittel verzögere, ſolle eine namhafte Geldſtrafe erlegen. Beide letztern Geſetze ſprechen gar nicht von den *Proceſskoſteu*, ſetzen aber, wie beide erſtere, deutlich genug *temeritatem* voraus. Mithin ſind auch hier die allgemeinen Principien anzuwenden, d. h. die Regel §. q. kann *auch dann Ausnahmen* erleiden, wann das vorige Erkenntniſs *pure* beſtätigt wird. Vid. §. bb. lit. A. nr. III.

308) Z. B. ob das Factum *voll* bewieſen ſey, oder nicht?

ſo daſs in dem eingewendeten Rechtsmittel *nur* behauptet wird: „des Richters *Reſlexion* habe eine *falſche Richtung genommen* und ein den Acten und den *an ſich gewiſſen* Rechten nicht entſprechendes Reſultat gefunden und ausgeſprochen,“ ſo muſs die *Beſtätigung* des Erkenntniſſes auch die Verurtheilung des jetzt abermals Beſiegten in die Unkoſten des verzögerten Proceſſes zur Folge haben. Die Vernunft und das Recht ſind dem Begriff und der Wirkung nach *einfach;* es kann ein Reſultat des Verſtandes nicht *zugleich* vernünftig und unvernünftig, ſo wie die Anwendung eines poſitiven Geſetzes auf ein Factum nicht *zugleich* rechtlich und widerrechtlich ſeyn. Daher muſs die einmal *unter dem hier vorausgeſetzten Verhältniſs* beſiegte Partei — hat nicht ſolche ſtark ſprechende Gründe für die Fortſetzung der Rechtsverfolgung — ſchon vermuthen, „die *Reflexion* eines zweiten Richters werde *denſel-*

nicht? ob das richtige Geſetz von dem Richter auf das Factum angewendet worden ſey u. ſ. w. Vergl. m. Anleitung zur gerichtlichen Praxis. §. 24.

ſelben Gang, wie diejenige des vorigen Rechtsſprechers nehmen," mithin eben daſſelbe Reſultat finden und ausſprechen, und der Erfolg dieſes Falles ſtellt ſie mithin als ein Subject dar, welches leichtfertig den Proceſs verzögerte.

Uebrigens ſind auch hier *andere* Compenſations- Gründe nicht ausgeſchloſſen [309]).

6)

[309]) Z. B. die Beſtätigung erfolgt *nur bedingt*, mit *angehängter Erklärung*, nur *zum Theil*, *gemiſcht* u. ſ. w. Auch die *Adhaeſion* des Gegners (Martin §. 276.) gehört hierher. Wahr ſie *fruchtlos* ſo iſt *inſoferne* auch der Adhaerente beſiegt — war ſie *von Folgen*, ſo daſs *in pejus* reformirt wird (Martin, §. 265.), ſo hat doch der Adhaeſe, der Appellant, Revident. u. dgl., das vorige Erkenntnis *inſoweit* für ſich, als daſſelbe für dieſen *vortheilhafter* war, als *das jetzige*. Eine verhältnismäſige Vertheilung der Unkoſten kann bey einer gemiſchten oder ähnlichen Beſtätigung den Rechten entſprechen. Auch *kann* in dieſem unter b. geſonderten Gebiete eine *Rechtscontroverſe*, oder ſonſt *res dubia*, ein- und hinzutreten, und Vergleichung der Unkoſten begründen. Abweichende Anſichten haben Schmidt, gen. Phiseldeck, §. 23. nr. 6. u. Emmrich a. a. O. §. 61., wo, ſo wie von Weber a. a. O. §. 11. not. 11., die von Carpzov in proc. jud. Tit. 18. Art. VI. nr.

 79.

6) Dafür, daſs die Unkoſten eines *zwiſchen Eheleuten*, oder *nahen Blutsverwandten*, geführten Rechtsſtreits gegenſeitig aufzuheben wären [310]), löſst ſich der einzig ſcheinbare, reſp. auf den Fall einer Wiedervereinigung beſchränkte, *bloſs politiſche*, in dem gemeinen Recht [311]) auf keine

79. aufgeſtellte ſchwache Meinung mit Recht getadelt wird. M. ſ. a. Temmen, de litis expenſis. Cap. VIII. Sect. IV. nr. 34.

310) Viele dieſen Satz, reſp. generell beſchränkt, behauptende Rechtsgelehrten ſind angezogen von Emmrich, a. a. O. 70. not. a. u. d.

311) Aus L. 9. Dig. *de teſtibus*. 22. 5. L. 9. Cod. *ejusd. tit.* 4. 20. L. 84. Dig. *de jure dotium* 23. 3. und L. 22. Dig. *de re judicata* 42. 1. folgern zu wollen, „das eheliche oder Verwandſchafts- oder Schwägerſchafts-Band ſchlieſse *temeritatem litigandi* aus," gränze an einen *Miſsbrauch* der Geſetze. Eben ſo unfruchtbar iſt L. 11. §. 1. Dig. *de dolo malo* 4. 3. Wenn man, aus Ehrfurcht, gegen den Vater und Patron die infamirende actio dolo nicht anſtellen ſoll, ſo folgt doch nicht, daſs, beſiegt man denſelben mit einer actio in factum, er auch von dem Koſtenerſatz frei zu ſprechen ſey. Es iſt wirklich zu bewundern, daſs man ſich nicht auch zu den abſurden Schluſs verirrt hat: „weil eine Partei von dem Gegner, für welchen ſie eine beſondere Achtung fühlen ſoll, inſon-

keine Weiſe angedeutete, Grund auffinden, „damit die *Erbitterung nicht geſteigert* oder *erneuert* werden, auch jeder Theil für *neuen Zwiſt* ſich hüten und keiner eine *Veranlaſſung* erhalten möge, dem andern *mit dem Vorwurf einer vollen Beſiegung zu trotzen* und ihn *von Neuem aufzureizen.*

Von der Seite der *Moralität* betrachtet ſollte man mit dem des Unrechts überführten *Ehegatten* und *Verwandten* gewiſs *noch ſtrenger*, als mit der auſser jenem Verhältniſs ſtehenden Partei verfahren [312]), indem es zugleich eine *Untreue*

ſonderheit von dem Vater, Patron und Lehnherrn den Gefährde-Eid nicht fordern könne," L. 16. Dig. *de jurejur.* 12. 2. L. 7. §. 3. Dig. *de obſeq. parent. et patron. praeſt.* 37. 15. L. 13. §. 14. Dig. *de damno infecto.* 39. 2. II. Feud. 35. §. 4., oder: „weil der Vater als Verwalter des peculii adventitii ſeines Hauskindes von der Fertigung eines Inventars oder eidlichen Verzeichniſſes, ſo wie von der Sicherheitsbeſtellung, befreit bleiben ſolle, L. 8. §. 4. Cod. *de bonis quae liberis.* 6. 61., ſo wären auch jene perſonae venerandi berechtiget, das Kind, den Vaſallen u. ſ. w. zu chicaniren und zu vervortheilen, oder doch aus grober Schuld ſie in Schaden zu ſtürzen."

312) Darauf zeigt das Röm. Recht ausdrücklich hin. L.

treue und *Schändlichkeit* in sich fasst, den Gatten, Verwandten und dergl., in einen ungerechten Procefs zu ziehen, und es wenigstens die gröbste Schuld ausspricht, die Pflicht zur aussergerichtlichen Sühne und Befriedigung durch einen *nicht begründeten* Rechtsstreit auflösen zu wollen. [313]).

7) Der aus dem *Verhältnis der Obrigkeit zu ihren Unterthanen*, „um das Ansehen und die öffentliche Ehre der erstern aufrecht zu erhalten und weil eine Vermuthung für derselben legale Gesinnung streite," von manchen [314]) abgeleitete Compensations-Grund, ist so wenig aus den positiven Gesetzen, als nach den Begriffen der Vernunft, zu rechtfertigen. Tritt aus dem Resultat des Processes eine culpa lata der

L. 4. Cod. *de patria potestate* 8. 47. *Reinharth*, in diss. de error. pragm. in doctr. de compens. expens. litis §. 45.

313) M. s. a. Emmrich, a. a. O. Weber, a. a. O. §. 13. not. 1. u. pag. 137. Leyser, sp. 88. med. 3.

314) Seyfarth, in dem teutschen Reichsprocefs, Cap. 33. §. 3. und andere bey Emmrich, a. a. O. §. 67. not a. u. b. angezogenen Rechtsgelehrten.

der ihn veranlaſſenden Obrigkeit hervor, *) ſo iſt jene Vermuthung, die ohnehin von Handluugen *zu eigenem Vortheil* nirgends begründet iſt, eben ſo gewiſs entkräftet, als der auf jene Weiſe ſelbſtverletzte öffentliche Credit der Obrigkeit dadurch, *daſs der Unterthan für derſelben illegales Unternehmen büſsen ſoll*, nicht wieder hergeſtellt; ſondern *noch mehr* untergraben und herabgeſetzt wird. Denn ſo wie die Moralität auf Seiten der die Geſetze vorzüglich genau kennen und, zum vorleuchtenden Beyſpiel, ſtrenge beobachten ſollenden Obrigkeit ſich ſehr erhöhet[31]), ſo wird jenes ihr, zum Miſsbrauch und zur Bedrückung der Unterthanen führendes, *privilegium turpe* den letztern als ein Merkmal und Ausfluſs der *Despotie* erſcheinen, mithin derſelben Liebe auflöſen, und Furcht gegen Tiranney ihnen einpflanzen; dahingegen ein redliches groſsherziges Bekenntniſs der Verwirrung zum Unrecht, und deſſen Vergütung durch Koſten-Erſatz, die Anhäng-

*) *Auch hier* gilt das *Beſiegt werden* für den *Beweis* der groben Schuld, enthalten die Acten keine Gegengründe — keine Merkmale der bona fides.

31) Weber, a. a. O. §. 13. pag. 137.

hänglichkeit und Achtung weit eher wieder herzuſtellen vermag [316]).

8) Ganz daſſelbe gilt von dem geſetzloſen Princip:" wann der *Fiscus*, oder der *Fiscal*, in einem Rechtsſtreit unterliege, ſo ſey er dennoch *wegen jener Qualität*, vermöge einer *Vermuthung für ſeine Amtspflicht*, und weil er *in deren Gefolge handle*, mit der Vergütung der dem Gegner veranlaſsten Unkoſten zu verſchonen [317]). Zu einem ſchändlichen Erwerb auf Koſten des ungerecht angefallenen Unterthans iſt der *Fiscus* in dem gemeinen Recht nirgends privilegirt [318]), und was den *Fiscal* inſonderheit betrifft, ſo iſt dieſer als Advocat und Anwalt des Fiscus zu betrachten, mithin, zeigt ſich derſelbe als leichtfertiger Streiter, die *Principalſchaft* in die Unkoſten zu verurtheilen, welche ſich dann, hat ſie ihren Mandatar zu jenem Unternehmen kei-

316) M. vergl. Emmrich, a. a. O. §. 67.

317) M. ſ. die bey Emmrich a. a. O. §. 68. allegirten Rechtsgelehrten.

318) Auch wollen die Geſetze den Fiscus in dubiis quaestionibus *nicht begünſtiget* wiſſen. L. 10. Dig. *de jure fisci*. 49. 14.

keinen Auftrag gegeben, an diesem erholen mag *). Handelte der Fiscal ohne specielle Instruction seiner Vorgesetzten. so verdient die *Verletzung seiner Amtspflicht* noch eine *besondere Strafe*, und zwar mit so mehr Grund, wenn demselben die Bezahlung seiner Arbeiten als Sold angewiesen ist, mithin zu vermuthen stehet, sein eigener Privatvortheil habe ihn zu dem Unternehmen eines ungerechten Processes aufgereizt [319]).

9) Auch der *Kirche*, ihren *Vorstehern* und *Güter-Verwaltern*, so wie der *ganzen Clerisey*, *Mönchen*, *Pastoren* u. s. w., hat man das *Vorrecht* ertheilen wollen, als Besiegte in einem ungerechten Process mit Erstattung der Unkosten an ihren Gegner verschont zu bleiben [320]).

Von

*) Allgemeinen Principien gemäss. Thibaut, in dem Syst. des Pand. R. §. 875. u. d. f.

[319]) Man vergl. auch Emmrich, a. a. O. §. 68. Leyser, spec. 88. med. 8. Weber, a. a. O. §. 14. pag. 137. u. Not. 17. Reinharth, l. c. §. 45.

[320]) Es wollen dieses manche ältere Rechtsgelehrte neben andern Gründen aus der Auth. *Sed hodie* rel. Cod. *de episcopis et clericis* 1. 3. ableiten; allein m. s. Seyfarth, de compens. expens. Cap. II. 3. Reinharth. l. c. §. 44. Emmrich, a. a. O. §. 69.

Von der *Kirche selbst*, als einem *blos idealen Wesen*, soll wohl hier die Rede eigentlich nicht seyn, sondern von ihren *menschlichen Administratoren*, welche als *Vormünder* zu betrachten, folglich, führen sie *aus eigenem Antrieb* mit grober Schuld einen ungerechten Procefs, dessen Folgen zu übernehmen verbunden sind [321]) Die *Amtspflicht* kann sie dagegen *nicht schützen*, sondern ist der Hebel einer *besondern Aufmerksamkeit*, *deren Verletzung* keine *Schonung*, sondern vielmehr *Strafe* verdient. Die gerühmte *Frömmigkeit* der Geistlichen, welche diese dem *Verdacht* der *temeritas* und des *pruritus litigandi* entheben und die Vermuthung begründen soll, heiliger Eifer für die heilige Sache der Kirche habe sie besessen und zu dem Rechtsstreit angetrieben [322]), ist eines Theils eine Hypothese,

[321]) L. 9. §. 6. Dig. *de administrat. et peric. tut.* 26. 7. L. 6. Cod. *ej. tit.* 5. 37. Leyser, spec. 87. med. 9. L. 78. Dig. de leg. II. Anders verhält es sich, wenn dergleichen Administratoren Erlaubnifs und Instruction zu der Procefsführung von ihren Vorgesetzten erhielten.

[322]) Temmen, l. c. Cap. IX. Sect. III. nr. 2. seqq. et nr. 89. seqq.

these, deren Wahrheit wenigstens eben so viel Beispiele *gegen* als *für sich* haben dürfte, und andern Theils macht ihnen die Religion vorzüglich zur Pflicht, eher eine Ungerechtigkeit zu dulten, als selbst zu verschulden, und hierdurch ein, dem Staate und der Kirche selbst nachtheiliges, die Moralität ihrer geistlichen Kinder tödtendes, Beispiel irrdischer Habsucht und eines niedrigen Eigennutzes zu geben. Nicht selten ist es das *eigene* Interesse, welches dergleichen Subjecte zu dem Rechtsstreit anreizt; und zeigt *dessen Resultat* auf eine ungerechte Processführung, so ist ohnehin jede für sie streiten sollende Vermuthung von selbst entkräftet [323]).

10) Letzteres tritt auch bey jedem processirenden Theil ein, sey dieser auch im Allgemeinen *als der redlichste und gerechteste Mann bekannt;* und es ist daher schlechthin grundlos, *von dieser Eigenschaft aus* [324]) auf das Abseyn einer

[323]) M. vergl. Emmrich, a. a. O. §. 69. Leyser, sp. 86. med, 2. Hommel, Obs. 721.

[324]) *Nie* darf der Richter die bona fides *subjectiv* berechnen. Dieses kann nicht oft genug gesagt werden.

ner temeritas litigandi ſchlieſsen und deshalb den Beſiegten von der Erſtattung der Proceſskoſten frey ſprechen zu wollen [325]). Auch der legal geſinnte Mann iſt nicht frei von Leidenſchaften, welche ihn in das Gebiet der groben Schuld ziehen können. Wo ſollte auch die Gränze ſeyn? *Jeder iſt als rechtlicher Mann*

325) Gewaltſam ziehet man hierher die L. 5. §. 6. Dig. *de re militari* 49. 16., nach welchem Geſetz dem aus der Gefangenſchaft zurückkehrenden, vorher als treu und tapfer bekannten, Soldaten auf ſein Wort geglaubt werden ſoll, „daſs er zu den Feinden nicht *übergelaufen* ſey," dahingegen von dem über die Zeit ſeines Urlaubs zurückbleibenden, ſonſt feigen, oder herumſchwärmenden, Soldaten gefordert wird, „die angebliche Gefangenſchaft nachzuweiſen." Welche Aehnlichkeit, welcher Zuſammenhang mit den Proceſskoſten! Hier kann durchaus keine andere Vermuthung als diejenige in Betracht kommen, welche *aus dem Rechtsſtreit ſelbſt* hervorgehet. Noch unfruchtbarer iſt die beigeſellte L. 21. Dig. *de rei vindicatione*, 6. 1., da hier blos auf das allgemeine Princip. hingedeutet wird, „Sclaven, welche weder gebunden übergeben werden, noch ſonſt der Flucht verdächtig ſind, werden nicht cuſtodirt," d. h. der Beſitzer, welchem ſie davon laufen, iſt deshalb nicht verantwortlich. Exerc. ad doctr. de culp. Faſc. I. exercit. IV. §. 1. obſ. 3.

Mann zu vermuthen; ſo daſs man das *abſurde* Princip aufſtellen müſste: *die Unkoſten des Proceſſes ſeyen nur dann nicht zu compenſiren, wann der unterliegende Theil als ein ſchlechtes ungerechtes Subject bekannt wäre.* Weder dem Geiſtlichen, noch einem andern als höchſtrechtlich bewährten Mann, wird z. B. der Zeugen-Eid [326]) oder der Eid für Gefährde [327]) erlaſſen; und wie könnte alſo jene ſeine Qualität die *aus dem Reſultat des Rechtsſtreits,* aus dem Beſiegtwerden, hervorgehende Vermuthung einer groben Schuld aufheben? Das Specielle ſchlieſst ohnehin das Allgemeine aus.

11) Die geſetzliche Vorſchrift, „daſs man demjenigen, welcher ſeine *Ehre* von ei-

326) Cap. 39 et 51. X. *de teſtibus* 2. 20. BOEHMER, in jur. eccl. prot. Lib. II. Tit. II. XX. §. 35.

327) Die in der Note 311. erwähnte Ausnahme beziehet ſich auf das Verhältnis einer dem Gegner *ſubjectiv, ſchuldigen beſondern Ehrfurcht,* nicht aber auf die allgemeine *Qualität der Unbeſcholtenheit.* Man wiederhole nur, daſs *ſelbſt die Ableiſtung des Gefährde-Eides* gegen den Koſten-Erſatz *nicht ſichert,* nr. 1. a., um in dieſem Punkt die allgemeine Vermuthung für legale Geſinnungen *jedem Einfluſs entrückt zu finden.*

einem andern beeinträchtiget glaubt, das rechtliche Gehör nicht verſagen [328]), vielmehr, inſoferne Gefahr in dem Verzug liegt, dergleichen Rechtsſachen *vorzüglich fördern* ſolle [329]), begründet nicht auf die entfernteſte Weiſe das von manchen [330]) dorther abgeleitete Princip: *wäre die Ehrenrettung des beſiegten Theils der Gegenſtand und Zweck des Proceſſes geweſen, ſo ſey dieſer Ueberwundene mit dem Erſatz der Unkoſten zu verſchonen.* Im Gegentheil folgt aus *dieſem* Beſiegtwerden ein *Nebenpunkt*, den Ehrenverfechter *ſtrenger* zu beurtheilen; ſey es nun, daſs er die angebliche Ehrenkränkung *daraus nicht* zu erweiſen vermogte, oder daſs der Sieger *den Grund ſeines Vorwurfs dargethan hatte.* Denn in dem erſten Fall hat der Beſiegte wenigſtens als ein leidenſchaftliches, und in dem

328) L. 25. Dig. *de procuratoribus et defenſoribus.* 3. 3.

329) L. 36. Dig. *de fideicommiſſariis libertatibus.* 40. 5.

330) Sie ſind angezogen bey Emmrich, a. a. O. §. 72. not. a.

dem letztern Falle ſogar als ein ſchändliches Subject ſich blosgeſtellt [331]).

12) Der *Arme* ſoll, nach *ausdrücklichen* Geſetzen [332]), für ein *freventliches*, *muthwilliges*, *unbilliges*, Umtreiben oder Umziehen in Rechten, *falls er die Proceſskoſten zu bezahlen nicht vermöge*, mit einer *Leibesſtrafe* belegt werden [333]), und

[331]) M. vergl. Emmrich, a. a. O. pag. 367 u. d. f. Eine Ausnahme kann in den Fällen eintreten, in welchen die exceptio veritatis den animum injuriandi nicht beſeitiget. *Weber* über Injurien und Schmähſchriften Thl. 1. m. II. pag. 169. ff. edit 3.

[332]) M. ſ. §. 1. und §. s. dieſer Abh. u. not. 135.

[333]) Gründlich wird in Bülows und Hagemanns pract. Erört. u. ſ. w. Thl. IV. Erört. XLIX. bemerkt, 1) daſs man hier den Satz: *qui non habet in aere luat in corpore*, welcher eine als Strafmittel dictirte *Geldbuſse* vorausſetzt, nicht falſch anwenden, dabei 2) von dem Fall abſehen muſs, wo der Sieger darauf antragen kann, daſs der zur Zahlung der Proceſskoſten unvermögende Beſiegte durch perſönliche Dienſte jene Schuld tilge, und daſs 3) die dem Armen für deſſen Chikane, oder Temerität, zuzuerkennende Ahndung als eine *öffentliche* Strafe von dem *Willen und Ermeſſen des Richters* ausgehet — nicht aber von einer *Befugniſs des Sie-*

und dieses gewiſs aus dem vernünftigen Grund, weil es von *höherer* Moralität ist, einen widerrechtlichen Schaden mit dem *Bewuſstseyn*, „man vermöge es nicht, denselben zu erstatten," aus grober Schuld zu veranlassen 33). Damit stehet also die Meinung 335), „*Armuth sichere gegen Verurtheilung in die Unkosten*," in einem *directen Widerspruch*.

13) *Mitleidswürdige Personen* sind zwar mit einer *Bequemlichkeit* 336) der Rechtsverfolgung und auch insoferne privilegirt, daſs derselben Rechtsstreitigkeiten, der *Verhandlungs- Zeit* nach, andern Processen *vorgezogen* werden sollen

Siegers. Daſs jedoch dieser das Richteramt *auffordern dürfe*, verstehet sich eben sowohl von selbst, als das, daſs durch den Vollzug jener öffentlichen Strafe des Siegers Rückforderungs-Recht (§. i.) nicht aufgelöst wird.

334) M. vergl. Emmrich a. a. O. §. 73.

335) Lancellott, de attentat. P. II. Cap. 14. nr. 2. Bodinus, de expensis th. 16.

336) Wenigstens nach römischem Recht. L. un. Cod. *quando imperator inter pupill.* 3. 14., und in manchen teutschen Ländern, vermittelst einer Usual-Erklärung jenes Gesetzes durch ein forum *extraordinarium*. Martin, §. 56.

len [337]); allein hieraus läſst ſich die geſetzliche Erlaubniſs nicht ableiten, durch muthwillig und leichtfertig veranlaſste Rechtshändel andere in Schaden zu ſtürzen. Stehet ein Subject jener Eigenſchaft unter Tutel oder Curatel, ſo verſtehet ſich ohnehin, daſs die *deshalbigen* Verordnungen der Geſetze zur Anwendung kommen [338]).

14) Ob der aus *auſsergerichtlichen Verſicherungen* hervorgegangene *Beweggrund*, in einen Rechtsſtreit ſich einzulaſſen, gegen den Vorwurf leichtfertiger Streitſucht und die Verurtheilung in die Erſtattung der Proceſskoſten an den ſiegenden Gegner ſicher ſtelle [339])? iſt im Allgemeinen verneinend, jedoch mit Unterſchied, zu beantworten. Betrafe nemlich der eingezogene Unterricht

a) den *Rechtspunkt*, ſo kommt eben dasſelbe zur Anwendung, was oben nr. 4. von

337) L. 36. Dig. *de fideicom. libert.* 40. 5.

338) L. 9. §. 6. Dig. *de adminiſtrat. et periculo tutor.* 26. 7. L. 6. Cod. *ej. tit.* 5. 37. Thibaut, in d. Syſt. des Pand. R. §. 518.

339) M. ſ. die Litteratur bey Weber, a. a. O. §. 13. Not. 10.

von den *Responsis juris* u. dergl. behauptet wurde. Es kann sich daher die besiegte Partei auch nicht mit dem Bezug auf die Rechtszusicherung ihres *Advocaten* von jener Verurtheilung befreien. Der Mangel an Rechtskenntniss wird ihr selbst zur Last gerechnet, — es bleibt ihr nichts übrig, als, den sie verleitenden Rathgeber, insoferne die Gesetze dieses gestatten, auf Entschädigung zu belangen [340]). Hatte der Unterricht.

b) *Thatsachen* zum Gegenstand.

α) welche der Besiegte als *Behauptung* aufstellte und nachher nicht zu erweisen vermogte, so kann ihn auch das Zutrauen zu diesem Unterricht von der Verbindlichkeit zur Kosten-Erstattung nicht loszählen, wenn gleich die angezogene Thatsache ein Factum *alienum* war. Von dem *Resultat* eines Rechtsstreites *schliessen die Gesetze auf die Beweggründe des Besiegten zurück*, und es ist dieses auch das *einzige* Mittel, zu verhüten, dass nicht aus jedem Process ein zweiter über den Kostenpunkt

340) Thibaut, a. a. O. §. 866.

punkt hervorgehe [341]). Baut eine Partei *auf die Zusicherungen anderer*, um hieraus einen *Vortheil* zu ziehen, so kann sie dieses nur auf *ihre Gefahr* unternehmen. Sie ist dann, wann sie sich nur auf *Hörensagen* verließse, ohnehin leichtfertig, und also in grober Schuld. Wurde der nachher besiegten Partei eigene Perception der Thatsache von angeblich Unterrichteten zugesichert, und er ernennt diese nicht als Zeugen, so leidet er abermals durch eigene höchste Nachläßigkeit. Sagten jene Personen, als producirte Zeugen, das Gegentheil aus, oder bekannten gerichtlich ihr Nichtwissen, so mag der Producent, kann er nachweisen, „sie hätten ihn, absichtlich oder schuldlich, in Irrthum geführt," seinen Regreſs an diese Verführer nehmen. *Nicht die innere, blos subjective, Ueberzeugung von der Wahrheit einer Thatsache ist es, welche gegen Kosten - Ersatz sichert, sondern die äuſsere Möglichkeit und deren legale Ausfüh-*

341) Dieses wollen die Gesetze vermieden wissen, L. 3. in fine Cod. *de fruct. et litis expensis.* 7. 51.

führung, *den Richter von jener Wahrheit wenigstens bis zur Begründung eines gesetzlichen Eides zu überzeugen.* Wer *nicht einmal dieses* vermag, wird in foro *externo* als *temere* litigans beurtheilt, entschuldiget ihn kein anderer der obigen Compensations-Gründe. War aber der Zweck jenes Unterrichts

β) eine *von dem Gegner behauptete*, in Hinsicht auf die *zur Antwort pflichtige* Partei *fremde*, Thatsache, so kann das Streben, „deren Wahrheit zu erforschen," dem nachher dennoch besiegten, nicht gründlich unterrichteten, *Antworter* allerdings *insoferne* zu *Statten* kommen, als er hierdurch die Vermuthung einer leichtsinnigen Verneinung jenes Facti, und eines leichtfertigen Eintritts in den Procefs, von sich wendet, und so die Rechtlichkeit, ihn mit der Erstattung der Unkosten an den siegenden Gegner zu verschonen, *vollständig befestiget* [342]).

15) Auch der *vor dem Gebrauch eingetretene Verlust eines Beweismittels*, diesen *an sich betrachtet*, eignet sich nicht zu einem

[342]) *M. s. §. bb. lit.* D.

nem Grund der Koſtencompenſation. War der Beweisführer durch Verzögerung, oder dadurch ſelbſt in Schuld, daſs er nicht ſeine Zuflucht zu einer *probatio in perpet. rei memoriam* [343]), oder zu der *Subſtitution* eines andern vorhanden geweſenen Beweismittels [344]) nähme und dergl., ſo trägt er die Folgen jener Eigenſchuld. Im Fall er aber auch *auſser aller Schuld* ſeyn ſollte, und vermag es, durch irgend ein Beweismittel, in dem ihm obliegenden Hauptbeweis darzuthun, *daſs jenes verlohrne Beweismittel von Wirkung geweſen ſeyn würde*, ſo liegt *eben hierinnen* ſchon ein ſolcher Grad des *Haupt-Beweiſes*, welcher wenigſtens das Erkenntniſs auf einen geſetzlichen Eid, ſey es auch nur ein *purgatorium* des Gegners, zur Folge haben wird, ja vorzüglich ihm den Anſpruch auf einen *Erfüllungs*-Eid geben kann [345]). *Dadurch* wird ſodann die Koſten-Vergleichung als begründet erſcheinen.

16)

343) Martin, §. 304.

344) Martin, §. 174.

345) Martin, §. 199. vergl. mit Thibaut, a. a. O. §. 1182. Not. p. q. und r.

16) Auch die Verordnung der Römischen Gesetze: „nicht jeder Kleinigkeit wegen sollte die *Wiedereinsetzung in den vorigen Rechtsstand* ertheilt [346]), oder die *actio doli* gestattet [347]), oder ein *Vertrag rescindirt* werden“ [348]), woher man die Regel gebildet hat: „*minima non curat Praetor*,“ wollen manche dann als Grund einer Compensation der Proceſskosten benutzen, wann diese *nicht von Bedeutung wären*. Es bedarf jedoch dieser rechtlose Irrthum um so weniger Widerlegung, weil der Werth einer Summe für ein Subject von dem Verhältniſs dessen eigenen Vermögens abhängt, und sich nicht absehen läſst, warum der Sieger dem temere litigirenden besiegten Gegner ein Geschenk mit einer kleinen Summe machen solle. Selbst die Beschränkung auf den Fall, *wo der Beklagte im Anfange des Processes bona fide zahle*, oder *der Kläger denselben zeitig aufgebe* [349]), ist, wie aus dem obi-

346) L. 4. Dig. *de restitut. in integr.* 4. 1.

347) L. 9. in fine Dig. *de dolo malo.* 4. 3.

348) L. 54. Dig. *de contrah. emtione venditione.* 18. 1.

349) Von diesen in der L. 5. §. 1. Cod. *de fructib. et lit. expens.* 7. 51. enthaltenen Aeuſserungen ge-

obigen folgt [350]), in der Allgemeinheit grundlos. Wenigstens könnte in diesen Fällen die *Ursache* einer Vergleichung der Unkosten *nicht in deren Geringfügigkeit liegen.*

Eher läſst jenes Princip *dann* sich anwenden, wann der Richter eine *Scheidung* der Proceſskosten über einzelne *ungetrennt* verhandelte Streitpunkte für rechtlich erachtet; denn in diesem Falle ist es in der Regel unausführbar, mit einer mathematischen Elle so genau zu messen, daſs jede Ungleichheit vermieden würde.

17) Vorzüglich vage ist die Meinung [351]), „daſs eine Vergleichung der Unkosten *deshalb* eintrete, weil auf die geschehene Provocation *ex lege diffamari* [352]) dem Provocaten ein *ewiges Stillschweigen aufgelegt*, oder, was gleichviel ist, erkannt

gehet, nach Reinharth l. c. §. 34., obige Meinung vorzüglich aus.

350) M. s. §. s. not. 146.

351) Man sehe die bei Weber, a. a. O. §. 13. not. 12. und bey Emmrich, a. a. O. 76. not. a. bemerkten Rechtsgelehrten. Der mitangezogene *Schaumburg* ist der ihm beigemessenen Meinung nicht zugethan.

352) Martin, §. 95. u. 244.

kannt worden ſey: „*derſelbe wäre mit ſeinen gerühmten Anſprüchen nicht weiter zu hören.*“ Mag die Diffamation eine *gerühmte Klage* [353]), oder blos eine *nachtheilige Aeuſserung* *), zum Gegenſtand haben, ſo ſetzt jenes Erkenntniſs voraus, daſs entweder der zur Antwort auf die Provocation gerichtlich und peremtoriſch geladene Provocat dieſe Ladung *gar nicht befolgte*, oder daſs der Provocant das Geſchehenſeyn der Diffamation beſcheinigte, der diffamirende Provocat hingegen in der vorgeſchriebenen peremtoriſchen Friſt die gerühmte Klage *nicht anhän-*

353) Dieſes iſt *auch bei der Diffamation* möglich, im Fall nämlich ſolche das *Rühmen einer Klage* in ſich faſst, welche der Diffamat und Provocant *blos verneinen* will, ohne irgend eine *Einrede* entgegen ſetzen zu wollen, von deren *Sicherung* oder *Beweis* zu dem Zweck die Rede wäre, um jene gerühmte Klage des Diffamanten und Provocaten zu entkräften. Sobald hingegen der Provocant, *ſey eine Diffamation vorausgegangen oder nicht*, die *Rettung* oder den *Beweis* einer den Klaggrund des Gegners *unwirkſam machenden*, oder auf den Fall deſſelben Wahrheit *dennoch entkräftenden*, *Einrede* bezweckt, muſs er die provocatio ex lege *ſi contendat* wählen.

*) Z. B. Ueberſchuldung.

hängig machte, oder resp. die Wahrheit des Inhalts seiner Diffamation *nicht erwiese*. In jedem dieser Fälle ist aber eine mala fides des Diffamanten und Provocaten desto gewisser anzunehmen, weil, obiges vorausgesetzt, das Ausstoſsen der Diffamation *wenigstens* als leichtsinnig, als wirklich *temere*, erscheint. Die Provocationen sind einmal als rechtserlaubt befestiget *) und der Provocat hat daher die *Zwangspflicht*, seine Diffamation vor Gericht *zu rechtfertigen*, oder sich, wo nicht als Calumnianten, doch als muthwilligen Frevler, und resp. als einen Ungehorsamen beurtheilen zu lassen [354]).

18)

*) *Archiv* für die civilistische Praxis. B. 3. Abh. 21. p. 342. ff.

354) M. vergl. Emmrich, a. a. O. §. 76. und die dort Not. b. bem. Litteratur. Wann hingegen der Diffamant den Grund seines gerühmten Anspruchs gerichtlich behauptet, und entweder die sich zugeschriebene Klage anstellt, oder zu deren Anstellung verurtheilt wird, so sind die Unkosten dieses Diffamations-Processes *auszusetzen*. Denn das ausergerichtliche Rühmen eines Anspruchs, welchen man sich wirklich beilegt und gerichtlich auszuführen gedenkt, ist *an sich betrachtet* keine unerlaubte, von einer ma-

18) Die Frage wie in Streitigkeiten *über den jüngsten* *) *Besitz* der Unkosten wegen abzusprechen sey? läfst sich *so schlechthin* nicht beantworten. Im Fall das sogenannte *Factum turbativum* auf keine Weise den Character der Vertheidigung des Eigenthums oder selbstigen Besitzes hat, sondern *schon an sich betrachtet als illegal*, als Versuch einer unerlaubten Selbst-

mala fides ausgehende, Handlung. Sie erscheint *erst dann* als illegal, wann der Diffamant gerichtlich hervorzutreten nicht wagt. Wird er aber als Provocat *gesetzlich thätig*, gehet in die Sache selbst ein, stellt die gerühmte Klage an, oder unternimmt den Wahrheitsbeweis der nachtheiligen Aeufserung, so giebt dann das *Resultat* dieses Rechtsstreits zugleich auch die Gründe zu der richterlichen Entscheidung, welcher Theil jene Unkosten des Vorpunktes zu tragen habe, oder ob selbige zu vergleichen sind.

*) Ein Beiwort, welches viel Irrthum veranlafst hat! — Vergl. unten Note: „Possessorium summarium u. s. w. Gleichviel bezeichnet: der *factische*, oder *äufsere*, Besitz, weil in summariissimo *nur* auf dessen *äufsere factische Merkmale* Rücksicht genommen wird, ohne alle Rücksicht auf causam oder qualitates possessionis. *Letzter*, *neuester*, *gegenwärtiger* Besitz, bezeichnet ebenfalls soviel, als *jüngster* Besitz.

Selbsthülfe, vorliegt [355]), so entspricht es den obigen allgemeinen Principien, daſs der Besiegte dem um Schutz in dem Besitz implorirenden und hierinnen siegenden Theil *die Unkosten erstatte* [356]). Nicht selten aber sind jene Merkmale *zweifelhaft*, und dennoch muſs der Richter, um die Ruhe unter den Parteien zu erhalten und die Gefahr gegenseitiger Thätlichkeiten abzuwenden, mit einer leichten Bescheinigung sich begnügen, und, aus jenem Grund, *einer policeilichen Verfügung gleich*, durch ein *Provisorium* den Besitzstand bestimmen [357]). Auch ist es mög-

355) Pütter, in den Rechtsfällen, Thl. I. Dec. 169.

356) Von *solchen* Fällen spricht wohl Struben, in den rechtl. Bedenken Thl. I. Bd. 10. §. 1. Hommel, obs. 884. Gönner, in dem Handbuch u. s. w. Thl. IV. Abh. 81. §. 11. nr. 13. Mencken, in synops. proc. Tit. XXXVI. §. 14. nr. 5. Auch verstehet sich von selbst, daſs, wer den jüngsten Besitz für sich behauptet, diesen jedoch, oder die erlittene Stöhrung, durchaus nicht zu bescheinigen vermag, sofort als temere litigans in die Unkosten dieses Processes zu verurtheilen ist.

357) Gönner, a. a. O. §. 22. u. d. f. und Abh. LXXIX.

möglich, daſs *beide* Theile den äuſsern factiſchen Erſcheinungen nach in dem Beſitz einer Sache ſich befinden und die *gegenſeitigen* Reibungen, damit dieſe ſich nicht erweitern und in Gewaltthätigkeiten ausarten, durch einen ſchleunigen richterlichen Ausſpruch, „*was* und *wie weit* jener *ad interim* beſitzen ſolle," gehemmt werden müſſen. *Dieſes* nun ſind die Fälle, wo es als weiſe anerkannt werden muſs, das Erkenntniſs über die Unkoſten bis dahin *auszuſetzen*, wo der Richter in poſſeſſorio *ordinario* *), oder in *petito-*

LXXIX. §. 21. u. d. f BOEHMER, in doctr. de action. Sect. II. Cap. IV. §. 14. MEVIUS, in Deciſ. P. II. Deciſ. 236.

*) Poſſeſſorium *ſummarium ſ. ſummariiſſimum*, und poſſeſſorium *ordinarium* ſind keinesweges verſchiedene *Rechtsmittel*, ſondern verſchiedene *Proceſsarten*, mit beſondern Principien wegen der *Beweisführung* und wegen des Gebrauchs der *Einreden*. *Beiden* liegen die römiſchen Interdicte: *uti poſſidetis*, und reſp. *utrubi*, *materiell* zum Grund — in beiden Proceſsarten lebt und webt ein interdictum *retinendae* poſſeſſionis. Der Römer konnte ſeinem Gegner, welcher das interd. uti poſſidetis oder utrubi gegen ihn brauchte, dieſem Imploranten die Einreden entgegen ſetzen: „ſolcher beſitze *fehlerhaft*, *vi*, *clam*, *preca-*

titorio, ein *näheres Licht* über die Verhältniſſe des ſtreitigen Beſitzes erhält, und die Merkmale der Temerität des einen oder des andern Theils zu erfinden

ver-

cario,“ könne ſich alſo jenes Interdicts gar nicht bedienen. Mit dieſer Einrede muſste der Praetor *den Imploraten hören*, muſste dieſen den *Beweis verſtatten*: „der Implorant beſitze vi, clam, precario.“ *Dann erſt* erkannte der Praetor: „ob der Implorant in den Beſitz zu ſchützen, oder mit ſeinem Suchen abzuweiſen ſey.“ Und da nun jenes Interdict ein judicium duplex war, ſo konnte auch der Implorant *verurtheilt*, d. h. der *Implorat* in dem Beſitz geſchützt werden, in welchem der Implorant geſchützt ſeyn wollte. Die deutſche Proceſsart des poſſeſſorii *ſummariiſſimi* hat nun *die Erlaubniſs zu dem Beweis abgeſchnitten*: „der Implorant beſitze vi, clam, oder precario“, und verweiſet dieſe Einreden *ad ſeparatum*. Der dort — in dem ſummariiſſimo — mit dieſen Einreden nicht gehörte Implorat muſs alſo *die Rolle eines Imploranten übernehmen*, muſs *klagend* behaupten: jener geſchützte Implorant, jetzt Implorat, *beſitze fehlerhaft*, habe nicht *poſſeſſio*, ſondern nur *detentio* — er, Implorant, *ſey der wahre Poſſeſſor*.“ Dieſe *neue* Klage oder Imploration, und das *hierauf* entſtehende gegenſeitige Verfahren, nennt man das poſſeſſorium *ordinarium*. Solches iſt aber auch dann denkbar wann ein ſummariiſſimum *gar nicht vorausgegangen iſt*. Das nähere an einem andern Ort.

vermag [358]). Dahingegen läſst ſogar *Koſten-Compenſation* bei der Entſcheidung des jüngſten Beſitzes ſich denken, inſoferne nämlich beide Theile die Gränze der Vertheidigung überſchritten, durch facta *per ſe illicita* die Poſſeſſion *gegenſeitig geſtört* und ſo beide eine Schuld ſich beyzumeſſen haben, und dergl. [359]).

Eben ſo wenig läſst ſich durch eine allgemeine Regel feſtſtellen, ob der in *ſummariiſſimo* ſiegende Theil, falls ſolcher in dem nachher, wegen eines wahren ſogenannten *ältern* oder *beſſern*, Beſitzes, oder wegen des *Rechtes ſelbſt*, gegen ihn erhobenen Proceſs unterliegt, auch die Unkoſten *jenes erſtern* Rechtsſtreits über den ſogen. jüngſten Beſitz dem Sieger in poſſ. ord. oder in petitorio zu erſtatten habe? — Im obigen *erſten* und *letzten* Fall, wo entweder die eine Partei

358) Auf *dergleichen* Fälle iſt alſo anwendbar Schaumburg, in princ. prax. jud. Lib. II. Cap. IV. §. 10. Martini, in comm. for. Tit. XXXVI. §. 1. nr. 132. Mevius, l. c. P. VII. Deciſ. 335. Leyser, l. c. ſpec. 499. med. 10. Auch ſcheint Weber, a. a. O. §. 13. a. E. pag. 140. beizuſtimmen.

359) M. ſ. a. Hommel, l. c. Obſ. 884.

tei, wegen einer ſchon an ſich betrachtet unerlaubt befundenen Turbation im Beſitz, ſofort in den Erſatz der Unkoſten verurtheilt wurde, oder wo eine gegenſeitige Schuld die Compenſation begründete, muſs es *bei jedem Schickſal der künftigen Proceſſe* [360]) bey der *Rechtskraft* jenes auf *ſelbſtſtändigen*, *nach den Verhältniſſen jenes Proceſſes abgemeſſenen*, *Gründen* beruhenden Erkenntniſſes *verbleiben* [361]). Wurde hingegen der Koſtenpunkt *unentſchieden gelaſſen*, ſo iſt eben hiermit ausgeſprochen, daſs deſſelben Entſcheidung von *derjenigen abhängen* ſoll, welche in dem offen behaltenen Rechtsſtreit über den *wahren*, *ältern* oder *beſſern*, Beſitz, oder das *Recht*, in der Hauptſache erfolgen wird. Daferne hier

360) D. h. poſſeſſorii ordinarii oder des petitorii. Martin, §. 217. Thibaut, a. a. O. Thl. I. §. 320. *Savigny*, das Recht des Beſitzes. §. 51.

361) Inſoferne nach einem Verfahren in ſummariiſſimo über den Beſitz und die Unkoſten des deshalbigen Proceſſes *entſcheidend abgeſprochen wird*, iſt dieſes Erkenntniſs als eine *über dieſe Streitpunkte* ergangene, der Rechtskraft fähige, Definitiv-Sentenz in dieſem Beſitz-Rechtsſtreit zu beurtheilen. Berger, in elect. proc. poſſ. §. 38. Hommel, obſ. 884.

hier die Unkosten aus irgend einem rechtlichen Grund compensirt werden: so sind es auch *jene;* — dem *hier* rein besiegten und in sämmtliche Unkosten verurtheilten streitenden Theil hingegen fällt auch der in possessorio summariissimo geschehene Kostenaufwand ausschliesslich zur Last — der Sieger muss auch *diesen* Verlag erstattet erhalten[362]. Würde jedoch die im sogen. jüngsten Besitz geschützte Partei in petitorio zwar vollständig besiegt, hätte aber in den Acten als Besitzer im guten Glauben sich gerechtfertiget, so kann auch dieses, aus dem im §. bb. unter lit. D. angeführten Grund, eine Vergleichung der Unkosten zur Folge haben[363].

Grund-

[362]) Von *diesem* Verhältniss spricht Leyser, spec. 499. medit. 11.

[363]) Die mancherlei, resp. vagen und sich widersprechenden, Meinungen über den Kostenpunkt in possessorio summariissimo haben nur darinnen ihren Grund, weil man eines Theils die Natur und den Zweck dieser Verfahrungsart und deren Gegenstand nicht richtig auffasste, anderen Theils aber die verschiedenen Fälle nicht sondert. Man vergl. Danz, in den summ. Proc. §. 59. nr. IX. Thibaut, a. a. O. Thl. I §. 319. lit. C. Emmerich,

Grundlos ist es jedoch, aus dem in possessorio summariissimo zugesprochenen Besitz eine bonam fidem des Besitzers, und daher auch in possessorio ordinario, oder in petitorio, eine Ursache zu der Kosten-Compensation ableiten zu wollen [364]).

In jenen künftigen Processen, besonders in dem Streit *über das Recht selbst*, sind die objectiven Merkmale des Daseyns oder Abseyns eines redlichen Besitzes aufzusuchen [365]), und was dieser wirke, ist nach den *allgemeinen Principien* zu beurtheilen.

§. dd.

Eine besondere Dunkelkeit ist auch über den Kostenpunkt der sogenannten *ausserordentlichen Rechtsmittel*, d. h. die *Restitutions-ge-*

rich, a. a. O. §. 75. Struben, a. a. O. Thl. I. Bd. 10. §. 2. Weber, a. a. O. §. 13. not. 13. u. pag. 139. Gönner, a. a. O. Thl. IV. Abh. 81. §. 11. nr. 13.

364) Carpzov, in Resp. Lib. I. Tit. II. resp. 18. Eine gleiche Ansicht in Bezug auf Restitution der Früchte hat Berger, l. c. §. 39.

365) Struben, a. a. O. Thl. I. Bd. 10 §. 2. Leyser, spec. 83. med. 3.

gefuche *) und *Nichtigkeitsklagen* [366]), verbreitet.

In Hinficht auf *erftere* mufs man wohl unterfcheiden

1) *die* Reftitutions - *Klagen*, welche den *proceffualifchen Eingang* in den Haupt-Rechtsftreit, von diefem einem präjudiciellen, materiell connexen, Streitpunkt bilden, und mit der Hauptfache zufammen in der Form einer fucceffiven Klagenhäufuug fich darftellen [367]).

Hier kann von *befondern* Principien die Rede nicht feyn, — denn die Reftitutionsklage ift, wie jede andere Klage, die

*) Das in manchen Ländern übliche *ordentliche* Rechtsmittel der Reftitution (Archiv für die civilift. Praxis. B. 4. Abh. 12. §. 8. pag. 146. ibi all. Note 19.) fällt unter die allgemeinen Grundfätze von der Koftenerftattung §. bb. lit. G. und §. cc. nr. 5. *Erfordert* oder *dultet* jedoch jenes Rechtsmittel *Nova*, fo kommt in Anfehung *deren Wirkung auf den Koftenpunkt* dasjenige zur Anwendung, was in diefem §. dd. nr. 3. als Princip im Gebiete des *aufserordentlichen* Rechtsmittels der Reftitution aufgeftellt wird.

366) Martin, §. 284. u. 285.

367) Schmidt, in dem Lehrb. v. ger. Klag. und Einr. §. 1141. u. d. f. Boehmer, in doctr. de act. Sect. III. Cap. XII. §. 5. et 6.

die Basis eines sich entwickelnden Rechtsstreits, und was von allen Processen gilt, gilt auch von diesem. Der Sieger enthält also von dem Besiegten die Unkosten erstattet, es gienge denn eine der im §. bb. verzeichneten Ursachen der Compensation als anwendbar aus dem Resultat jenes Rechtsstreites hervor —

2) *diejenigen* Restitutions-Gesuche, welche im Laufe des Processes, nicht in Bezug auf das Material der ganzen Hauptsache, sondern in Rücksicht auf *einzelne Verhandlungen*, insonderheit der Versäumnisse wegen [368]), zu dem Zweck angebracht werden, damit der Implorant in dem Betrieb der Hauptsache von einem gewissen Punkt aus wieder voranschreiten dürfe — oder, wie ein gelehrter Beysitzer des vormaligen Reichs-Cammer-Gerichts [369]) sich ausdruckt, „*Restitutionen gegen versäumte Fatalien und Termine, contra desertorias, wie sie entwe-*

368) Martin, §. 80. u. 285. Not. o. und p.

369) Riedesel, in den Vorträgen an den v. Rath des K. Kammergerichts Vort. II. §. 2. pag. 80. Vergl. a. *Archiv* für die civilist Praxis. B. 4. Abh. 12. §. 1. nr. 2. pag. 114. f.

weder brevi manu oder praevia causae cognitione, vel citatione ad videndum restitui, ertheilt werden, und die binnen der Zeit nachgesucht werden müssen, welche re adhuc integra annoch competirt hätte [370]."

Diese auf den Richter in der Hauptsache nicht einwirkende Erscheinungen in dem Process wurden bereits §. aa. mit der Bemerkung erwähnt; „dass *selbst der siegende Implorant* die durch das Gesuch einer Restitution jener Art und durch ihre Ertheilung veranlasste Unkosten ausschliesslich zu übernehmen und seinem Gegner zu erstatten hat, er wäre denn, *erwiesener Masen*, durch des letztern *eigene alleinige* Schuld in das Versäumniss geführt worden." Doch ist auch eine *gemeinschaftliche* Schuld und *hierdurch* begründete Kosten-Compensation nicht undenkbar —

3) solche Restitutions-Gesuche, „*welche blos gegen rechtskräftige Definitiv-Sentenzen, oder doch gegen solche interlocu-*

370) *Conc. Cam. Ger. Ord.* v. J. 1613. Thl. III. Tit. 62. §. 3.

cutorische Urtheile, die vim definitivae haben, gesucht werden [371]).

Diese veranlassen einen die *Hauptsache selbst* betreffenden, *selbstständigen*, nach teutschen Recht auf *nova* [372]) gegründeten, Rechtsstreit, und es scheint daher, es müssten auch hier, so wie bei den Restitutions-*Klagen*, in Ansehung des Kostenpunkts die *allgemeinen* Principien als Regel gelten [373]). Allein da hier das be-

[371]) *Cam. Ger. Ord.* v. J. 1555. Thl. III. Tit. LII. *Conc. Cam. Ger. Ord.* v. J. 1613. a. a. O. §. 1. Riedesel a. a. O. Thl. III. Abh. LXVI. *Archiv*, a. a. O. §. 2. pag. 119. ff.

[372]) Riedesel, a. a. O. §. 18 u. 58. Gönner, a. a. O. §. 7. u. d. f. *Archiv*, a. a. O. §. 4. pag. 130. ff.

[373]) Das in der Note 371. angezogene Reichsgesetz, so wie vorher der Visit. Absch. v. J. 1533. §. 5., enthalten nur soviel: im Fall befunden würde, dass die Restitution *calumniose* oder *gefährlicher* Weiss, oder aus Ursachen, so *vormals in Gerichtshändeln angezogen und deducirt worden* wären, oder sonst *aus neuen unrechtmässigen und unerheblichen* Ursachen, begehrt sey, solle u. s. w. der Procurator, oder die Partei, wer von ihnen die Schuld habe, in die Unkosten verurtheilt werden." Dieses beziehet sich also darauf, wann das Restitutionsgesuch nicht ge-

 hö-

besondere Verhältniss eintritt, dass dieses Rechtsmittel einen *schon beendigten* Process voraussetzt, und dahin abzweckt, *dass aus diesem als Resultat hervorgegangene förmliche Recht zu rescindiren* — da der Regel nach desselben erste Bedingung ist *), das der Implorant sein Suchen auf

hörig begründet ist und *sofort als unstatthaft* verworfen wird, wie eine nicht gehörig begründete Klage. Tafinger, in institut jurispr. cam. §. 1034. *Archiv*, a. a. O. §. 4. pag. 128. ff.

*) mit Ausnahme des römisch-rechtlichen Restitutionsgrundes wegen *bestochener Zeugen* oder *verfälschter Beweisurkunden*, und wegen *Minderderjährigkeit*. Vergl. *Archiv*, a. a. O. §. 2. nr. 1. u. 3. pag. 119. f. u. §. 5. pag. 134. f. In jenen beiden ersten Fällen ist zugleich ein dolus des Besiegten erwiesen, und es verfällt also dieser auch in sämmtliche Processkosten. Wird aber Minderjährigkeit u. dgl. als Restitutionsgrund benutzt, so begründet sich der Regel nach Compensation der Unkosten und der Restitutions-Instanz, ja es können diese selbst dem siegenden Imploranten allein zur Last fallen, nach den Principien von der Restitution gegen Versäumnisse. S. oben nr. 2. Der besiegte, zurückgewiesene, Implorant muss das allgemeine Princip §. q. wider sich gelten lassen, tritt nicht einer der Compensations-Gründe als Ausnahme ein.

§. bb

auf *neue*, d. h. in dem vorigen Procefs *nicht vorgekommene*, jedoch ein neues fundamentum agendi, oder refp. excipiendi, nicht enthaltende, *Thatfachen*, oder *neue Beweifse* des in jenem verlohrnen Rechtsftreit aufgeftellten Klag- oder Einrede-Grundes baue [374]) — da, ftützt fich das Reftitutionsgefuch contra rem judicatam auf Nova, der Implorant fchwören mufs: „er habe von dem jetzigen Einbringen vorher *einige Wiffenfchaft nicht gehabt*, oder doch *nicht vermeinet*, *dafs es zur Sache dienlich fey*" u. f. w. [375]), der *Gefährde-Eid* aber auf den Koftenpunkt keinen Einflufs hat (§. cc. nr. 1. *a.*), fo mufs man annehmen, dafs

a) *alsdann*, wann der Implorant der jetzigen Novorum Benutzung in dem vorigen Procefs *blos aus Willkühr*, in der *Meinung*, „derfelben Inhalt fey nicht fachdienlich," oder auch eine fleifsige Nachforfchung fchuldlich unterlaffen hat, ihm *auch als Sieger* in reftitutorio *fämmt-*

§. bb. S. a. Note 373. Vergl. a. *Archiv*, a. a. O. B. 4. Abh. 12. §. 5. nr. 4. p. 137.

[374]) Riedesel u. Gönner a. a. O. *Archiv*, a. a. O. §. 5. pag. 130. ff.

[375]) *Leider!* M. f. Gönner, a. a. O. §. 5. *Archiv*, a. a. O. §. 5. pag. 129.

ſämmtliche, **hierdurch** *veranlaſste*, Unkoſten *allein* zur Laſt fallen müſſen, es ſprächen denn die Acten in Hinſicht *auf die jetzige Proceſsführung* eine Chikane, oder grobe Schuld, des Imploraten *klar* aus. *Blos aus dem Beſiegtwerden* kann *hier* die Vermuthung jener Schuld *nicht gezogen werden.* Denn *in dem vorausgeſetzten Fall* iſt des Imploranten Unternehmen nur *als die* **Verbeſſerung** *eines* **frühern**, *mit voller Freiheit begangenen*, **Fehlers** zu betrachten, und der Implorate kann ſo ſchlechthin nicht ſchuldig ſeyn, jene *Willkühr* und jenen *Irrthum*, oder jene *Schuld*, des *Gegners* zu verbüſsen, oder auf das aus dem Reſultat des vorigen Proceſſes *erworbene förmliche Recht* früher zu verzichten, ehe der Richter die von dem Imploranten beygebrachten Nova für erheblich und für erwieſen anerkannt und ausgeſprochen hat. Im Fall hingegen

b) die verſpätete Entdeckung der Novorum zugleich als *ſchuldlos* vorliegt, ſo fällt der Koſtenpunkt unter die *allgemeinen* Grundregeln. Dieſes Rechtsmittel der Reſtitution iſt von den Ge-

ſe-

ſetzen gerecht und weiſe*) erlaubt worden, und der Implorate muſs desſelben Anwendung wider ihn ſich gefallen laſſen. Doch kann auch hier der Sieg des Imploranten das *in dem vorigen Rechtsſtreite* der Unkoſten wegen erfolgte Erkenntniſs *nur dann dahin* verrücken, daſs der in dem Reſtitutions - Rechtsſtreit beſiegte Implorate *in ſelbige* verurtheilt werde, wann in Reſtitutorio *zugleich mit bewieſen wird:* eine Calumnie, oder grobe Schuld, des Siegers in dem vorigen Rechtsſtreit, deſſen *res judicata* der *jetzige* Implorant *reſcindirt* wiſſen will, habe den Gebrauch der *jetzigen Novorum* verhindert, oder ſeiner damaligen Proceſsführung zum Grunde gelegen *). Auch hier kann *das Beſiegtwerden allein* jene Vermuthung der Calumnie oder ei-

*) Gönner, in d. Kritik des Entw. einer neuen Gerichts - Ordn. f. d. Kön. Sächſ. Lande. pag. 102. Anmerk. 89. Nur die ſchädliche Clauſel: „*oder ſelbiges zu der Sache dienlich zu ſeyn nicht vermeinet*", iſt zu verbannen. *Archiv*, a. a. O. u. §. 8. pag. 147. mit Note 22.

*) Vergl. a. die Note *. zwiſchen den Noten 373 u. 374.

einer groben Schuld nicht begründen, indem der Implorate das Resultat des *vorigen* Processes immer *insoferne für sich behält*, als aus demselben hervorgegangen ist, *damals* habe er einen *gerechten* Process geführt. Ziehet man nun auch die Nova *zurück in jenen ältern Process* und *fingirt*, „sie seyen in diesem schon vorgebracht und benutzt worden," so kann sich doch diese *Fiction* nur auf die Entscheidung in der *Hauptsache* beziehen und *deren* Schicksal bestimmen, keinesweges hingegen *die Processführung selbst*, so wie sie sich in dem frühern Rechtsstreit entwickelt hat, und eine Schuld oder Nichtschuld der Parteien ausspricht, *rescindirend vertilgen*, falls nicht *auf eine andere Weise*, als durch das *blosse* Beibringen und Ausführen der Novorum, des jetzt *hierdurch* Besiegten *damals vorhanden gewesene* mala fides blosgestellt wird [376].

Sie-

[376]) Verschiedene, wie es scheint nicht genug geläuterte, Ideen äussern über den Kostenpunkt der Restitutions-Instanz Emmrich, a. a. O. §. 64. und Schmidt, gen. Phiseldeck, a. a. O. §. 27.

Siehet man zurück auf die *Nichtigkeitsklagen*[377]) gegen *der Zeit nach* als rechtskräftig[378]) vorliegende richterliche Erkenntnisse, und

1) der *factische Grund* eines solchen Rechtsmittels bestehet in der Behauptung *einer die*

377) Die Beschwerde über *heilbare* — *positive* — Nichtigkeiten, *Form* - Nichtigkeiten, Abh. III. §. e. MARTIN, §. 283., gehört nicht hieher, sondern der Kostenpunkt *dieses* Rechtsmittels ist nach den Principien zu beurtheilen, welche von den Unkosten der Instanz eines *ordentlichen* Rechtsmittels gelten. §. dd. u. cc. nr. 5. Wenn jedoch die positive Nichtigkeit in einer bewiesenen *Schuld des Querulaten* ihren Ursprung hat, so muss dieser, des im Mittel liegenden richterlichen Erkenntnisses ungeachtet, in die Unkosten, *von der Nullität an*, ausschliesslich verurtheilt werden. Denn selbst dieses Erkenntniss ist ein *Product jener Culpa*, und die Mitschuld des formrichtig erkennenden Richters kann dem Querulaten nicht zum Compensationsgrund gegen den siegenden Querulanten dienen. Vergl. unten nr. 2.

378) Es lässt sich jedoch auch denken, dass die Klage wegen unheilbarerer Nullität innerhalb der für die Einwendung der *ordentlichen* Rechtsmittel gesetzlich bestimmten Frist (*Martin* §. 109.) angebracht werde. L. 21. Dig. *de regulis juris.*

die Nichtigkeit des angefochtenen Erkenntnisses begründenden dolosen Handlung des Querulaten [379]), so liegt die reine Natur jeder andern Klage vor. Die *Nichtigkeit* jenes Erkenntnisses mit ihren *Folgen* ist das *Object* der *Nichtigkeits-Klage*, und von dem *Resultat* des *über diese* entstehenden Processes und über ihren fac-

379) Z. B. dieser hat durch bestochene Zeugen, oder verfälschte Urkunden, den Sieg sich zu verschaffen gewusst. Zwar will ALLMENDINGEN, in der Metaphysik des Civil-Proc. B. I. Heft I. Abh. X. pag. 288., in Bezug auf L. 33. Dig. *de re judicata*, 42. 1. in jenen Fällen nur eine *restit. in integr.* zulassen; allein eines Theils kann dieses Gesetz mit dem Princip verwandt seyn, „dass negotia stricti juris an sich betrachtet durch den dolus nicht ungültig werden." Welches jedoch, da wir jene Geschäftsarten nicht mehr kennen, auf den teutschen Process nicht anwendbar seyn dürfte, und andern Theils sprechen neuere Gesetze klar genug für die *unheilbare Nullität* eines *auf falsche Beweismittel gegründeten* richterlichen Ausspruchs. L. 2. 3. u. 4. Cod. *si ex falsis instrumentis* rel. 7. 58. GÖNNER, a. a. O. Thl. III. Abh. LXIV. §. 33. Auch ist ja die von einem bestochenen Richter ertheilte Sentenz *unheilbar nichtig*. L. 7. Cod. *quando prov. non est necesse*. 7. 64. *Archiv* f. d. civilist. Praxis. B. 4. Abh. 12. §. 2. nr. 3. pag. 121.

factischen Grund geführten Beweises hängt auch ab die Entscheidung wegen der *in diesem* Rechtsstreit von beiden Theilen aufgewendeten *Unkosten*, je nachdem nemlich die Nullität *voll*, oder nur *bedingt*, oder *gar nicht*, erwiesen wird. Auch *andere* Compensations Gründe, als gesetzliche Eide, sind hier *nicht ausgeschlossen* [380]).

Die Unkosten des *vorigen* Processes, *insoweit* dieser für nichtig erkannt wird, *gehören mit zu dem Object der Nichtigkeits - Klage*, so daſs auch der *bedingt besiegte* Querulate verurtheilt werden kann, *selbige* dem siegenden Querulanten zu erstatten, während die Unkosten des *Nullitäts - Processes* nach *dessen* Resultat vielleicht compensirt werden *). Sollte aber

2) Die Handlung eines *Dritten* [381]), *ohne alle Mitschuld des Querulaten*, die Nichtigkeit veranlaſst haben, so soll, nach der gewöhnlichen Meinung, *jener Dritte* in

[380]) Es kommen auch hier die §. bb. aufgezählten Compensations - Gründe zur Anwendung.

*) Vergl. oben §. u. a. E.

[381]) Z. B. des Richters, Anwalts, u. dergl.

in die Unkoſten, ſowohl des *jetzigen* als des *vorigen* Proceſſes, verurtheilt werden [382]. Allein, daſs *jener Dritte* an ſich betrachtet zu dem Erſatz dieſer Unkoſten, im Gefolge einer unerlaubten poſitiven oder negativen Handlung, verbunden iſt, begründet es noch nicht, ihn *in dem jetzigen Rechtsſtreit zwiſchen dem Querulanten und Querulaten*, wo er *als Partei nicht mitverhandelt*, dortzu ſogleich für ſchuldig zu erkennen. Es würde vielmehr der *Mangel legalen Gehörs* jenes Schuldigen eine neue Nichtigkeit zur Folge haben. Zunächſt bleibt es alſo auch in dieſem zweiten Falle bei den vorhin für den erſten Fall geltenden allgemeinen Principien; jedoch

a) mit der *Erweiterung*, daſs wenn der beſiegte Querulat [383]) in der Proceſsführung

382) Emmrich, a. a. O. §. 62. nr. 2. Schmidt, gen. Phiseldeck, a. a. O. §. 26.

383) Wird eine unheilbare Nullität weder von dem Richter bemerkt, noch von einer Partei gerügt, ſo daſs, derſelben Vorhandenſein ungeachtet, der Proceſs bis dahin voranſchreitet, wo ſich endlich ergiebt, daſs jene Nullität die Erreichung des Zwecks des Rechtsſtreits verhindert und nunmehr das *Richteramt* die ſeitherigen Verhandlun-

rung *über die Nichtigkeitsklage* keiner Calumnie, oder groben Culpa, sich schuldig macht, *schon aus dem Grund*, weil nicht *seine* Handlung den Rechtsstreit veranlasste, die Unkosten unter *diesen* Parteien zu *vergleichen* sind, dabei aber sowohl dem Besiegten, als dem Sieger, *offen bleibt* [384]), den die Nichtigkeit schuldlich producirenden *Dritten* auf Entschädigung zu belangen [385]) — jedoch auch

b)

lungen für nichtig erkennen muss, z. B. Hommel, obs. 111. u. 420. Leyser, spec. 137. med. 3. Pufendorf, in obs. jur. univ. T. II. obs. 109. et 119. Kind, in qu. for. T. IV. Cap. LXIX. ed. 1., so sind die Unkosten *von dem Act an, wo auf Nullität der seitherigen Verhandlungen hätte erkannt*, z. B. die *inepte* Klage verworfen *werden sollen*, der Regel nach, wegen Concurrenz einer *gegenseitigen*, resp. durch *negative Thätigkeit* begründeten, Schuld der Parteien, zu compensiren. Den mitschuldigen Richter sollte man immer zu der *Restitution der Gerichtsgebühren* verurteilen.

384) Die Befugniss zu diesem Regress *kann* in dem Erkenntniss *ausdrücklich vorbehalten werden.*

385) Liegt die Schuld an dem Gericht, so kann die Entrichtung der unbezahlt gebliebenen Gerichtssporteln zum Zweck einer Compensation ver-

b) mit der Beſchränkung, daſs im Fall dieſer ſchuldliche Dritte der von der beſiegten Partei ſelbſt conſtituirte Rechtsſtand oder Anwalt iſt, jener Compenſationsgrund lit. a. deshalb hinwegfällt, weil der Conſtituent die illegale Proceſs-Handlung ſeines Gewalthabers im Verhältniſs zu ſeinem ſiegenden Gegner als eigene Schuld ſich *anrechnen* laſſen muſs *). Doch bleibt auch ihm der Regreſs zur beſondern Schadenserſatzklage gegen den ſchuldlichen Mandatar vorbehalten.

§. ee.

In einigen Fällen wendet ſich die Regel, „daſs der Beſiegte dem Sieger die Unkoſten des Proceſſes zu erſtatten habe." *gerade um*, ſo das ſelbige dem *Sieger allein* zur Laſt fallen. Nemlich:

1) im Fall der Kläger nach erhobener Klage deren Fortſetzung, einer peremtoriſchen La-

verweigert werden. Rivin, in enunc. jur. Tit. XXXVI. en. 17., welches jedoch die *Rückforderung* der gezahlten u. ſ. w. nicht ausſchlieſst.

*) L. 5. §. 8. L. 11. §. 4. Dig. *de inſtitoria actione*. L. 5. §. 3. Dig. *de doli mali exceptione*.

Ladung ungeachtet, ungehorsam unterläſst, der Beklagte hingegen auf eine Entbindung von der Instanz nicht antragen, sondern, damit die Sache *definitiv* entschieden werde, auf die Klage sich einlassen und die Sache *zu jener Hauptsentenz einseitig instruiren will*, so soll der ungehorsame Kläger *selbst dann* sämmtliche Kosten des Processes *allein* übernehmen, wann das Endurtheil *zu seinem Vortheil* ausfiele [386]) —

2) daferne der zur Antwort auf die Klage *peremtorisch* befehligte Beklagte *die Einlassung ungehorsam unterläſst*, und daher die-

386) So erlaubt und will es das Römische und Canonische Recht. L. 73. §. 1. et 2. Dig. *de judiciis.* 5. 1. L. 13. §. 2. Cod. *et. tit.* 3. 1. Nov. 112. Cap. 3. X. *de dolo et contum.* 2. 14. Cap. 1. in 6to *ejusd. tit.* 2. 6. Abgerechnet die Zeitbestimmung der *Dauer des Processes* sind die Gesetze auch in dem heutigen Proceſs anwendbar. *Cam. Ger. Ord.* v. J. 1555. P. III. Tit. 42. Conc. Cam. Ger. Ord. v. J. 1613. Thl. III. Tit. 51. u. Reichs-Absch. v. J. 1614. §. 44. obgleich der in jenes Verhältniſs geführte Beklagte kürzer und mit weniger Beschwerlichkeit zu seinem Zweck gelangen kann, wann er von den durch die teutsche Praxis in Uebung gebrachten *Provocationen* (Mar-

diese als *verneinend fingirt wird* [387]), der Kläger aber, wie ihm nachgelassen ist, den Procefs *einseitig* fortsetzt und zu einem *Enderkenntnifs* instruirt, dieses jedoch *zu Gunsten des ferner ungehorsamen Beklagten ausfällt*, so soll *dieser*, obgleich *von der Klage entbunden*, die Procefskosten *allein* tragen [388]).

In

(Martin §. 95. u. 244.) Gebrauch macht, und den Kläger gerichtlich auffordern läfst: „die Klage binnen einer peremtorischen Frist, bei Vermeidung des Verlustes seines Klagrechts, fortzusetzen." Weber, a. a. O. §. 3. *c.* pag. 25. Die neuern Sächs. Procefs-Ordnungen schreiben *dieses* ausdrücklich vor.

387) Martin §. 152.

388) *Cam. Ger. Ord.* v. J. 1555. Thl. III. Tit. 43. §. 4. *Conc. Cam. Ger. Ord.* v. J. 1613. Thl. III. Tit. §. 4. Das in diesen Gesetzen §. 1. und d. f. gestattete Anrufen *auf die Acht*, oder um *Immission in die* Güter *des* Ungehorsamen, ist in neuern Reichsgesetzen *aufgehoben.* Reichs-Absch. v. J. 1654. §. 36. In den Ländern, wo, wie noch nach den Sächs. Procefs-Ordnungen, der auf die Klage, nach einer peremtorischen Ladung, die Einlassung ungehorsam unterlassende Beklagte derselben *für geständig und überführt* geachtet, und in Gefolge dessen, ist die Klage gehörig begründet, *definitiv verurtheilt* wird, *fällt* al-

In diesen beiden Fällen ist des *Siegers* Bezahlung sämmtlicher Processkosten allerdings als eine *Strafe* zu betrachten [389]) —

3)

alles obige hinweg, und der besiegte Beklagte wird auch in sämmtliche Unkosten des Processes verurtheilt. Oelze, in der Anleitung zu der gerichtlichen Praxis §. 167. Hommel, in der Anleit. aus Gerichtsacten zu referiren, §. 45. Schaumburg, in princ. prax. jud. Lib. I. Sect. I. Mbr. II. Cap. I. §. 8. Leyser, in Medit. ad Pand. spec. 33. med. 7.

389) Weber a. a. O. §. 3. c. pag. 26. ist auch hier anderer Meinung, und glaubt, *auch diese* Unkosten fielen unter den Begriff derjenigen, welche auf versäumte Termine u. dergl. aufgewendet worden seyen. Allein bei *diesen* liegt der Grund zu der Erstattungs-Verbindlichkeit, insoweit der Ungehorsam die gänzliche Beendigung des Processes nicht zur Folge hat, vorzüglich *darinnen*, weil die durch den Ungehorsam verhinderte Handlung *doch noch vollzogen werden muss*, und also jener *einen ganz nutzlosen Aufwand veranlasste;* dahingegen in den *obigen beiden Fällen* der Process *voranschreitet*, bis zu dem Ziel, wohin er *auch dann* gedeihen sollen, wann der Gegner nicht ungehorsam gewesen wäre. Die wiederholten Worte des Röm. Gesetzes: et haec quidem *poena* actori fiat *imposita*. L. 13. §. 2. in fine Cod. *de judiciis*. 3. 1. zeigen daher gewiss

3) in den §. aa. *g. d. E.* und §. dd. nr. 2. erwähnten Restitutions-Fällen[390]). Ueberhaupt, so oft der *in der Hauptsache siegende Theil* in *einzelnen Abschnitten* und *Handlungen* des Processes als besiegt und mithin temere litigans erscheint, selbige durch seine Schuld u. s. w. *nutzlos veranlaßt*, fallen ihm die *hierdurch* entstehenden Unkosten *ausschließlich* zur Last.[391]) —

4) in den Fällen, wo in der Instanz des außerordentlichen Rechtsmittels der Restitution, §. dd. nr. 3., oder auf erhobene Appellation, das angefochtene Erkenntniß *blos im Gefolge solcher* ***Novorum*** abgeändert wird, welche der Implorant oder Appellant *vorher schon kannte*, jedoch, nach dem von ihm geleisteten Gefährde - Eid[392]), früher vor-

auf mehr als Schadensersatz hin. M. s. a. Glück, in der Erl. der Pand. nach Hellfeld. §. 255.

390) Aus den in dem §. aa. angegebenen Gründen.

391) Weber, a. a. O. §. 14. pag. 147. nr. II.

392) Auch der von dem *beneficio nondum deducta deducendi et nondum probata probandi* Gebrauch machen wollende Appellant schwört, wie der Querulante, einen Gefährde-Eid dahin; „daß er von je-

vorzubringen *nicht für ſachdienlich hielte* [393]) —

5) auch die Abſtattung und Erſtattung ſämmtlicher Unkoſten der *Hauptſache* können der *in dieſer ſiegenden* Partei dann zuerkannt werden, wann der Anſpruch an dieſe zwar *für nicht ſtatthaft* befunden wird, jedoch ſich ergiebt, daſs ein Dolus, oder die Culpa jenes Siegers, den Gegner *veranlaſste*, richterliche Hülfe zu ſuchen [394]), ohne daſs *dieſem* jetzt beſiegten, zurückgewieſenen, Theil die Schuld eines *leichtfertigen Vorſchritts* zu

jenen novis in erſter Inſtanz keine Wiſſenſchaft gehabt, oder dieſelben damalen einzubringen nicht vermocht, *oder für undienlich und unnöthig geachtet habe*, nunmehr aber dafür halte." Reichs-Abſch. v. 1654. §. 118. Cap. 4. in 6to *de elect.* 1. 6. Gönner, in dem Handbuch u. ſ. w. Thl. III. Abh. LX. §. 11. u. d. f.

393) Die Gründe ſind in dem §. dd. nr. 3. lit. a. enthalten.

394) Beyſpiele hievon geben Oelze, a. a. O. §. 289. nr. 1. u. 2. Leyser, l. c. ſpec. 89. med. 2. 3. 4. 5. 8. 9. 10. 13. Brokes, in ſel. obſ. for. obſ. 598.

zu dem Procefs beigemeffen werden könnte [395]).

6) Wurden die auf das Verfahren über den jüngften Befitz verwendeten Unkoften *ausgefetzt*, und die in dem jüngften Befitz gefchützte, infoferne *fiegende*, Partei verliehrt in dem poffefforio ordinario oder petitorio dergeftalt, dafs fie auch in fämmtliche Procefskoften verurtheilt wird, §. cc. nr. 18., fo erftattet felbige auch diejenigen *des* Verfahrens, in welchem fie den Sieg erhielte [390]).

Der Fall, „wann der Beklagte gleich im Anfange des Proceffes einen *Theil* der Forderung *einräumt* und zu deffen Zahlung fich erbietet, den *übrigen* Theil aber ver-

[395]) Diefe von Weber, a. a. O. §. 14. pag. 149. erwähnte Befchränkung ift bei den in der vorigen Note bezogenen Beifpielen vorzüglich zu berückfichtigen. Konnte der Befiegte aus den Rechten vorausfehen, dafs, feines Gegners Schuld ungeachtet, die wider folchen angeftellte Klage nicht Staat finde, fo ift kein Grnnd vorhanden, von der allgemeinen Regel abzuweichen. Er ift als befiegt als ein *temerarius litigator* zu beurtheilen. Im Fall eines Zweifels aber kann wenigftens Koften-Compenfation durch *gegenfeitige* Schuld fich begründen.

[396]) Leyser, fpec. 499. med. 10. feq.

verneint, der Kläger jedoch, mit jenem Zugeständniſs und Anerbieten *nicht zufrieden*, auf der *ganzen* Forderung beſtehet, und *mehr* [397]), als ihm dort eingeräumt wurde, *zu erweiſen nicht vermag*, ſo daſs er nur *jenes Zugeſtandene* zugeſprochen erhält," gehört nicht *hierher* [398]). Denn in Rückſicht *auf die behauptete und nicht erwieſene Mehrforderung* iſt der Kläger *nicht Sieger*, ſondern *der beſiegte Theil*, und er muſs alſo wenigſtens von *dem Interlocut an*, welches ihm den Beweis auflegte, die Unkoſten *deshalb* allein übernehmen, weil er dieſen unternommenen Beweis *zu führen nicht vermochte*, und alſo *inſoferne ſachfällig* wird. Die *vor* jenem Interlocut entſtandenen Unkoſten fallen unter die allgemeine Regel, und werden gewöhnlich compenſirt, da jenes Verfahren *zugleich die ſchuldige und nicht ſchuldige Summe* zum *Gegenſtand* hatte. Ergäbe ſich jedoch aus den Acten, daſs der Beklagte auch *vor erhobe-*

[397]) Oelze, a. a. O. §. 289. nr. 3. Leyser, l. c. ſpec. 89. med. 11. u. a. ziehen dieſen Fall irrig unter die Ausnahmen, in welchen der *Sieger* die Unkoſten erſtatten müſſe.

[398]) Bewieſe er zwar *mehr*, jedoch nicht die *ganze* geklagte Summe, ſo würde die §. bb. lit. A. nr. II. aufgeſtellte Regel eingreifen.

bener Klage ſich bereit erklärte, die in der Einlaſſung auf ſolche einbekannte Summe gutwillig zu bezahlen, und daſs er in den Proceſs *blos deshalb* einſchritte, weil der Kläger auf jener gröſsern Summe beſtande, ſo müſſen dem letztern *auch die Unkoſten der erſten Inſtanz ausſchlieſslich* zur Laſt fallen [399].

Noch weniger läſst der Fall unter obige Regel ſich ziehen, wann der Beklagte *im Gefolge einer im Laufe des Proceſſes vollzogenen*, nicht von einem Vergleich ausgehenden, *Befriedigung des Klägers* von der Klage entbunden wird [400]. Denn *dieſe* Entbindung, wenn dieſe Benennung nicht an ſich ſchon *unſchicklich* wäre [401], iſt keine Folge *des Nichtvorhan-*

[399]) Hier hat es eher den Anſchein, als werde der *Sieger* in die Unkoſten verurtheilt. Allein im Grunde ſiegt der Kläger nicht auf dem *Wege des Proceſſes* — *dieſer* wird vielmehr *für unſtatthaft* erkannt — der Beklagte zahlt nur *im Gefolge ſeines frühern Darbietens*.

[400]) Auch dieſen Fall ziehet u. a. Oelze, §. 289. nr. 4. und Leyser, ſp. 89. med. 11. unter die Ausnahmen, „Der *Sieger* trage die Unkoſten.“

[401]) Justinian bedient ſich freilich dieſes Ausdrucks, §. 2. Inſt. *de perpetuis et tempor. act.* 4. 12., jedoch nur im *allgemeinen* Sinn.

handenseyns jener Verbindlichkeit, welcher der Klage zum Grund gelegt wurde, sondern der geständige und zahlende Beklagte, erscheint als der *besiegte Theil*, und wird in *dieser* Qualität auch in die Unkosten des bis zur Zahlung geführten Processes deshalb verurtheilt, weil er dem gleich stehet, welcher den Rechtsstreit fallen läſst [402]. Denn dieses muſs der Regel nach *Verurtheilung in sämmtliche Unkosten* nach sich ziehen [403], und es kann eine Ausnahme hiervon *nur dann* eintreten, wann nach dem Inhalt der Acten, die dortzu sich entschlieſsende Partei selbst als *besiegter* Theil, *wegen der Beschaffenheit der dem Procesſs zum Grund liegenden Thatsachen* [404], An-

402) Weber, a. a. O. §. 14. pag. 148. u. d. f.

403) Der verzichtende Theil gebe nun die versuchte Rechtsverfolgung *gänzlich* auf, §. aa. Note 224. Gmelin und Elsaesser, in den gem. Beob. und Rechtsf. B. III. nr. XV. pag. 225. u. d. f., oder bezwecke eine *verbesserte Erneuerung* des aufgegebenen Processes, §. aa. Not. 225. Weber, a. a. O. §. 3. c. pag. 29. nr. 5.

404) Man vergl. die Note 224. zu dem §. aa. Auf *diesen* Fall ist auch *zu beschränken* Mevius, in Decis. P. VII. decis. 67. Insonderheit läſst sich nicht behaupten, daſs im Fall eine Partei einer Rechtscontroverse wegen den Rechtsstreit freiwil-

lig,

Anſpruch auf Koſten - Compenſation haben würde.

§. ff.

Als allgemeine Bemerkungen verdienen noch Erwähnung:

1) Eben daraus, daſs die Erſtattung der Unkoſten als *Schadens - Erſatz* zu betrachten iſt, folgt die Unrichtigkeit des Princips: „der Richter *könne* und *müſſe* denjenigen Theil, welchen er zu jener Erſtattung für ſchuldig befinde, *ſchon von Amtswegen* in die Unkoſten verurtheilen [405]). Die Geſetze ſtellen als allgemei-

lig, ohne das richterliche Erkenntnis zu erwarten, aufgebe, die Koſten zu vergleichen wären, weil der Richter auch den Beſiegten in ſelbige nicht verurtheilen könne. Daſs das Recht ungewiſs, das Geſetz dunkel ſey, und mehrfach erklärt werde, konnte und ſollte die Partei zum Voraus wiſſen; und es hat alſo die Natur einer *vexa*, wenn ſie dennoch *in den Proceſs eingehet* und *nachher* dieſen *fallen läſst.* Geſchiebet jedoch letzteres *unmittelbar nach dem Verſuch der Güte*, ſo iſt die Vergleichung der Unkoſten für rechtlich zu erachten.

405) Weber, a. a. O. §. 14. pag. 150. nr. IV. Leyser, ſpec. 88. med. 7. Lauterbach, in diſſ. de expenſis, th. 39. ſeq. Reinharth, l. c. §. 39. ſeq.

meine Regel auf: „*ultra id, quod in judicium deductum est, excedere judicis potestas non potest* [406]); und dafs dieses, wenigstens nach teutschen Procesrechten, auch auf *Accessionen* und andere *Nebenforderungen* zu erstrecken sey, folgt schon aus dem allgemeinen Princip: „dafs der Civil-Procefs von *einer freywilligen Disposition über eigenes Vermögen ausgehet*, der Richter also weder überhaupt, noch in Hinsicht auf einzelne Punkte, eine Partei zum Klagen nöthigen, oder ihr einen Vortheil aufdringen kann *).“ Hier-

406) L. 18. Dig. *communi dividundo*. 10. 3. Wenn man den entgegen zu stehen scheinenden §. 34. Inst. *de actionibus* 4. 6. vergleicht mit dem §. 35. *huj. tit.*, L. 3. Cod. *de edendo*. 2. 1. und L. 4. §. 4. Dig. *de noxal. action*. 9. 4., so ergiebt sich, dafs jenes erste Gesetz nur von einer solchen *Verbesserung* oder *Veränderung* der Klage spricht, welche wenigstens vor deren rechtskräftigen Entscheidung erfolgt. Vergl. Glük, a. a. O. Thl. VI. §. 504. nr. 207. Uebrigens ist der römische Procefs nicht der deutsche. Dieser ist in dem Reichs-Abschied v. J. 1654 so repulirt, dafs willkührliche *Veränderungen* und *Nachschleppungen* der Streitpunkte ausgeschlossen bleiben.

*) S. oben Abh. 3. §. a. nr. 2. Ges. Not. 4. u. §. h. Martin, §. 100.

Hiervon machen diejenigen Römischen Gesetze, welche das Princip enthalten: „die bei dem Empfang des schuldigen Hauptobjects nicht in Anschlag gebrachten, oder von dem Richter in dem rechtskräftigen Erkenntniss übergangenen, *aus einem besondern Nebenvertrag nicht hervorgehenden* [407], Beiforderungen könnten nachher nicht eingeklagt, *wohl aber in dem Process von dem Richter* *) *ex officio zuerkannt* werden [408], eben so wenig eine Ausnahme, als der gesetzliche Befehl an den Richter, über den Kostenpunkt ausdrücklich abzusprechen [409]. Vielmehr *unterstellt* beides gewiss, „dass die

407) Die L. 1. Cod. *de judiciis.* 3. 1. ist auch auf vertragsmässig zugesicherte Processkosten anwendbar. Wernher, in sel. obs. for. P. I. obs. 337. Reinharth, l. c. §. 20.

*) d. h. von dem judex pedaneus.

408) L. 49. §. 1. Dig. *de act. emt. vend.* 19. 1. L. 54. pr. Dig. *loc. cond.* 19. 2. L. 13. u. 26. pr. Cod. *de ursuris.* 4. 32. L. 4. Cod. *depositi.* 4. 34. L. 3. Cod. *de fruct. et lit. exp.* 7. 51. Ex *officio* u. ex *vigore* judicis bezeichnet *nicht gleichviel.*

409) L. 13. §. 6. Cod. *de judiciis.* 3. 1. L. 4. Cod. *de fruct. et lit. exp.* 7. 51 Nov. 82. Cap. 10.

die Unkosten u. dergl. in dem Anfang des Processes **) *gefordert waren*, und gefordert werden *mussten*. Auch eine andere entgegen gesetzte Stelle [410]) hat *denselben* Grund, zeigt vorzüglich hin auf die dem *judici pedaneo* gegebene Instruction [411]) und die Worte: *judici enim, statim atque judex factus est, omnium rerum officium incumbit, quaecunque in judicio versantur*, rel., sprechen klar genug aus, dass des Richters Aufmerksamkeit *nur auf die in der Instructions - Formel generell* oder *speciell enthaltenen Streitpunkte* sich richten soll [412]).

2)

**) In jure — vor dem Praetor — bei Bestimmung der Klage und in der *römischen* Litiscontestation.

410) L. 25. §. 8. Dig. *de aedilitio edicto* 21. 1.

411) Diese bestande in einer vom Prätor ausgesprochenen kurzen Formel, z. B. *Si paret, dari oportere, condemna!* und nun lage es in dem *officio judicis*, scil. *pedanei*, auf die *Klage und Litiscontestation* zurückzugehen und seine Thätigkeit auf die *in selbiger enthaltene* Haupt- und Nebenpunkte zu erstrecken.

412) Daher sprechen auch die Gesetze: *ea autem, quae ante judicium contingunt, non valde ad judicem pertinent, nisi fuerint ei nominatim in-*

2) Die Regel: dafs im Fall der Richter in dem *Endurtheil* über einen verhandelten Streitpunkt *des Koftenpunkts nicht erwähnt*, folches als *Compenfation* zu deuten ift, und nach eingetretener Rechtskraft dortfür gilt [413]), läfst fich auf *Inter-*

injuncta, L. all. 25. §. 8. Dig. 21. 1. und in einer andern Stelle: *non poteft videri in judicium veniffe id, quod poft judicium acceptum accidiffet; ideoque alia interpellatione opus eft.* L. 23. Dig. *de judiciis.* 5. 1. Doch foll das Reichs-Cammergericht *von Amtswegen* über den Koftenpunkt erkannt haben. Hommel, in der Anleitung aus Acten zu referiren. §. 41. und manche Sächf. Procefs-Ordnungen überlaffen *dem Ermeffen des Richters*: „ob auf die Unkoften zu erkennen fey, oder nicht." Schweitzer, in dem Archiv für die civilift. Praxis. B. I. Abh. 4. §. 1. pag. 67. Note **.

413) L. 3. Cod. *de fruct. et lit. expenf.* 7. 51. Es kommt diefes Gefetz auch dann zur Anwendung, wann in dem Erkenntnifs über das Verfahren eines eingewendeten Rechtsmittels, z. B. Appellation u. dergl., der Koftenpunkt *mit Stillfchweigen übergangen wird*, gefetzt auch, der *hier* befiegte Theil wäre in der vorigen Inftanz in die Koften verurtheilt worden. Wernher, in fel. obf. for. P. I. Obf. 337. et in fuppl. ad h. obf. Rivin, in Enun. jur. Tit. XXXVI. en. 13. Doch verftehet fich von felbft, dafs durch des *beftätigenden* Er-

terlocute und *proviſoriſche* Verfügungen nicht ausdehnen. Sind in *dieſen* die Unkoſten unerwähnt geblieben, ſo iſt das Erkentniſs über ſolche blos *ausgeſetzt* [414]).

3) Den zu erſtattenden nothwendigen Proceſskoſten (§. b. und §. q.) iſt auch das *Honorarium eines Advocaten* beyzuzählen, wel-

Erkenntniſſes Stillſchweigen über den Koſtenpunkt der *vorigen* Inſtanz *deſſen* in der Sententia a qua enthaltene Entſcheidung keine Abänderung erleidet. Cramer, in obſ. jur. un. T. IV. obſ. 1012. Die ſtillſchweigende Compenſation iſt auch dann anzunehmen, wenn nach einem Verfahren über einen Anruf, z. B. Klage, dieſer, ohne Erwähnung des Koſtenpunkts, rechtskräftig als inept verworfen wurde. Denn ein ſolches Erkenntnis ſpricht über die *verhandelte Inſtanz* definitiv ab, und die L. all. 3. ſpricht allgemein. Berger, in ſuppl. ad elect. diſc. for. P. III. Tit. XXXVI. Obſ. 2. Dahingegen pflegt man anzunehmen, daſs im Fall ein rejectoriſches Decret, d. h. wo der Anruf ſofort, ohne erſt den Gegner zu hören, als unſtatthaft verworfen wird, der Unkoſten nicht gedenkt, dieſe dennoch dem Suchenden, z. B. Appellanten, Leuteranten u. dergl., allein zur Laſt fallen. Hommel, in Rhaps. qu. for. Obſ. 587. Es iſt nicht wohlgethan, in einem Deciſiv-Decret über den Koſtenpunkt *zu ſchweigen.*

414) M. ſ. §. e. Not. 34.

welcher in *eigener* Sache seine Rechts-nothdurft *selbst besorgt*, und den Gegner dergestalt besiegt, dass solcher auch in die Erstattung sämmtlicher Unkosten verurtheilt wird. Es ist hierbey *gleichviel*, der Process sey *geringfügig* oder *von Erheblichkeit* gewesen, der siegende Advocate sey durch die Arbeiten in jenem Rechtsstreit von anderm Verdienst abgehalten worden, oder nicht, er habe den Process allein, oder neben und für Streitgenossen geführt. Die Deserviten jenes Siegers sind also nicht unter dem Nahmen eines *Interesse* zu fordern und in *dieser* Qualität *besonders zu bescheinigen* [415]), sondern nach der *Taxordnung*, oder nach dem im Lande oder Gerichte *gewöhnlichen* Maasstab in Ansatz zu bringen, und nach dieser Regel von dem

415) So wollen es manche, und geben ihm den, nicht ganz redlichen, Rath, seine Arbeiten von einem andern Advocaten unterschreiben zu lassen. Gail, in Obs. pract. Lib. I. Obs. 151. nr. 16. Carpzov, in jurispr. for. P. I. Const. XXXI. decis. 12. seq. Berlich, in Concl. P. I. Concl. 72. nr. 51. Wernher, in sel. obs. for. P. VI. Obs. 279. Berger, in Oec. for. Lib. IV. Tit. VIII. Th. III. not. 6.

dem Richter zu ermäßigen [416]). Der Beweis der *Unmöglichkeit*, „jene Arbeiten neben andern Verdienstgeschäften herstellen zu können," ist so schwierig, daſs er fast nie sich führen läſst; und so unbillig es wäre, dem Advocaten anzusinnen jene Unmöglichkeit eidlich zu erhärten, so ungerecht ist es, ihn für verbindlich zu achten, die von seinem Gegner ihm leichtfertig, oder aus Chikane, abgenöthigte Anstrengung und Zeitversplitterung unentgeldlich sich gefallen zu lassen, und dem streitlustigen Gegner wenigstens die Ruhe frohnend aufzuopfern [417])

4) Die besiegte und zu der Erstattung der Proceſskosten verurtheilte Partei ist *erst dann*

[416]) Die hierdurch hergestellte *Liquidität* begründet ein *executivisches*, trübe Ausflüchte ausschlieſsendes, Verfahren gegen den Schuldner. Hommel, in Rhaps. qu. for. Obs. 395.

[417]) M. s. Voetius, in com. in Pand. Lib. III. Tit. I. §. 7. Struben, in den rechtl. Bed. Thl. II. Bed. 31. Quistorp, in den Beyträgen u. s. w. nr. VI. pag. 74. ed. 2. J. G. Koch, in diss. de advocatis eorumque salario in propria causa. Erford. 1727. Weber, a. a. O. §. 14. not. 14. pag. 150. und Engau, in Decis. P. I. dec. 229. und die bey Weber l. c. alleg. Rechtsgelehrten.

dann zu derſelben Zahlung an den ſiegenden Gegner verbunden, wann dieſer die einzelnen Poſten jenes Aufwandes mit Bezug auf die Acten *verzeichnet liquidirt* — die Liquidation dem Richter der ſtreithängigen Sache überreicht, und letzter die Anſätze *ermäſiget* — *moderirt* — oder für *ohne Abgang ſtatthaft* — *paſſirlich* — erklärt hat [418]). Doch iſt das in den Römiſchen Geſetzen [419]) verordnete *juramentum expenſarum* vorzüglich in Hinſicht auf *ſolchen* nothwendigen Aufwand, welcher aus den Acten ſich nicht nachweiſen und ermeſſen, wohl aber als geſchehen nach der Natur des Proceſsganges ſich vorausſetzen läſst, keineswegs *ausgeſchloſſen* [420]).

5) Iſt der Antrag einer Partei als *inept* verworfen und dieſelbe, „dem Gegner die veranlaſsten Proceſskoſten zu erſtatten," rechtskräftig verurtheilt worden, oder geſchahe dieſes im Gefolge eines verſchuldeten *Ungehorſams*, oder einer andern vergeblichen Zwiſchen-Handlung [421]), ſo iſt jener Gegner zu verlangen be-

418) C. G. O. v. J. 1555. Thl. III. Tit. 50. C. C. G. O. v. J. 1613. Thl. III. Tit. 59. Schaumburg, in princ. prax. jud. Lib. I. Sect. I. Mbr. IV. Cap. III. §. 14. Oelze, a. a. O. §. 290. Carpzov, in proc. Lib. XXIV. Tit. III. §. 1. ſeq.

419) L. 13. §. 6. Cod. *de judiciis*. 3. 1. Nov. 82. Cap. 10.

420) Auch die in der Note 418. angezogenen Reichsgeſetze erwähnen des juramenti expenſarum. Conf. Lauterbach, in diſſ. de expenſis victoriae. §. 35. ſeq.

421) Mit Inbegriff der als leichtfertige Verzögerung

fugt, daſs ihm, bevor er auf den verbeſſerten Vortrag ſich einlaſſe, oder in der Hauptſache mit voranſchreite, jener Aufwand *vorerſt erſtattet werde* [422]). Daher die Einrede: „*der noch nicht erſtatteten Proceſskoſten* [423]).

Auch kann die ungehorſame Nichtentrichtung ſchuldiger Proceſskoſten *den Verluſt der ganzen Sache* dergeſtalt nach

des Proceſſes erkannten Rechtsmittel. §. d. nr. 1. u. 2. und §. aa. und Not. 225. u. 226.

422) „*Sancimus, omnes judices — ſi quando abſens perſona citata poſtea apparuerit, non aliter ei judicialem aditum relevare, ſed omnem claudere ei judiciorum copiam, niſi prius* o m n i a d a m n a *reſtituat ex hujusmodi* v i t i o *adverſariis ejus inflicta, ſive circa ingreſſus litis, ſive circa honoraria advocatorum, vel alias cauſas, quae in judicio verſantur*" *rel.* L. 15. Cod. *de judiciis.* Es ſcheint zwar dieſes Geſetz nur von *Contumacial*-Koſten zu ſprechen; allein im Gefolge der Allgemeinheit ſeines Grundes iſt es auf jedem auch durch eine *andere* Schuld des Gegners (ex hujusmodi vitio) veranlaſsten Koſtenaufwand (welcher hier ausdrücklich ein *damnum* genannt wird) anwendbar. Grundlos hingegen iſt die von manchen, Carpzov, in Reſp. Lib. III. Tit. III. reſp. XXX. nr. 22. ſeq. Berger, in Oec. jur. Lib. IV. Tit. XXII. Th. III. not. 7. et in Deciſ. dec. 423. Rivin, in ſpec. except. for. Cap. XXI. nr. 2. geſchehene Ausdehnuug jenes Geſetzes auf die rückſtändigen Koſten eines *andern* Rechtsſtreits. Die in der L. 15. all. enthaltenen Worte: *vel alias* cauſas, beziehen ſich auf Gegenſtände des *nämlichen* Rechtsſtreits, in welchem der Ungehorſam verſchuldet wurde.

423) Exceptio *refuſionis expenſarum.* Rivin, l. c. nr. 1. Nicolai, in proc. Cap. XIX. Schaumburg, in princ. prax. jud. Lib. I. Sect. I. Mbr. II. Cap. I. §. 3. not. ***.

ſich ziehen, daſs, von dem Fall der *Armuth*[424]) oder der Schuld einer Nebenperſon[425]), oder einem andern auſserhalb dem Proceſs liegenden allgemeinem Reſtitutions-Grund[426]) abgeſehen, der Säumige nicht einmal in den vorigen Rechtsſtand wieder eingeſetzt wird[427]).

7) Die Vorſchrift des Römiſchen Rechts: es ſolle der Richter, welcher dem Sieger die Unkoſten nicht zuſpreche — *nicht ausdrücklich darüber erkenne* — jenem für den Erſatz *ſelbſt haften*[428]), ſetzt voraus, daſs a) von dem Sieger um die Erſtattung der Unkoſten ausdrücklich implorirt *), und b) von dem Richter hierunter eine *ſolche* Schuld begangen worden ſey, in Bezug auf welche von ihm ſich ſagen läſst: *litem ſuam fecit*[429]).

8) Eine ſchwierige, von den Rechtsgelehrten unſers Zeitalters nicht berührte, Frage ſcheint es: „ob die zu der Erſtattung der Unkoſten verurtheilte Partei für pflichtig erachtet werden könne, dem Sieger, auſser dem §. b. erwähnten *nothwendigen* Koſtenaufwand, auch noch *diejenigen Schäden* zu vergüten, welche aus dem *Verſäumniſs* und andern, *durch die Betreibung des Rechtsſtreits veranlaſs-*

424) §. h. dieſ. Abh. Not. 53.

425) Martin, §. 80. *Archiv* für die civiliſt Praxis. B. 4. Abh. 12. §. 1. pag. 115.

426) L. 26. Dig. *ex quib. cauſ. major.* 4. 6.

427) Schaumburg, l. c. Leyser, ſpec. 83. med. 1. et. 2.

428) L. 13. §. 6. und L. 15. Cod. *de Judiciis.* 3. 1.

*) S. oben nr. 1. h. §. ff.

429) Ohne dieſe Vorausſetzung ſiehet man ſich, da

ten, Ereignissen hervorgehen" [430]). Aus den §. b. not. 9. u. 11. angezogenen Gesetzen läfst eine feste Entscheidung jener Frage sich nicht entnehmen, und auch andere des juramenti expensarum erwähnende Gesetze [431]) gedenken *schlechthin* der *sumtus litis*; daher die ältern Rechtsgelehrten des Besiegten Erstattungspflicht auf derselben *engen* Begriff beschränken, jedoch das richterliche Ermessen in solchen Fällen nicht ausschliefsen, wo, nach dem *persönlichen Verhältnifs* des Siegers, dessen Nebeneinbufs als *damnum emergens* sich ansehen lasse, u. dergl. [432]).

Es entspricht aber sowohl *speciellen* als

es doch Ausnahmen giebt, in welchen dem Sieger der Kostenersatz nicht zugesprochen wird, §. s. nr. II., und da ein den Kostenpunkt *übergehendes* Erkenntnifs der Rechtskraft fähig ist, L. 3. Cod. *de fruct. et lit. expens.*, mit anderen Gesetzen, z. B. L. 32. Dig. *de re judicata.* 42. 1. L. 1. §. 2. Dig. *quae sent. sine appell.* 49. 8. L. 2. Cod. *quando prov. non est necesse.* 7. 64., in einem nicht wohl erklärbaren Widerspruch. Es sind auch die Meinungen *darüber* getheilt: ob die Vorschrift der L. 13. §. 6. all. in den teutschen Gerichtshöfen *anwendbar* sey, und *wie?* m. s. Carpzov, in jurispr. for. P. I. Const. XXXI. def. 21. in fine. Barth, in Hodeg. for. Cap. I. §. 4. not. f.

430) Z. B. die am Ende siegende Partei mufste während des persönlichen Erscheinens vor Gerichts ihr Verdienstgewerb ruhen lassen, wurde auf der Reise an den Gerichtsort beraubt, u. dergl.

431) L. 13. §. 6. Cod. *de judiciis.* 3. 1. Nov. 82. Cap. 10.

432) M. s. Lauterbach, in diss. de expensis victoriae §. 53. et ibi all. Hilliger ad Donell. Lib. XXVI. Cap. III. not. E.

allgemeinen Geſetzen, die als *temerarium* litigatorem beſiegte Partei auch zu dem *geforderten* Erſatz *jedes*, dem Sieger durch den ungerechten Proceſs wirklich zugezogenen *poſitiven* Schadens für zwangspflichtig zu achten. Denn das Geſetz ſpricht allgemein: *ut improbus* [433]) *litigator damnum et impenſas litis inferre adverſario ſuo cogatur* [434]); nach einer zweiten Stelle [435]) ſollen dieſem *viatica litisque ſumtus* erſtattet werden, und ein drittes Geſetz [436]) umfaſst in den Worten: *niſi prius omnia damna reſtituat ex hujusmodi vitio adverſariis ejus inflicta*, doch gewiſs *mehr*, als die *Proceſskoſten* im ſtrengen Sinn. Auch läſst ſich nicht abſehen, *woher*, ſobald man *dolum* oder *culpam latam* des Beſiegten vorausſetzt, und nach dem Inhalt der Acten vorausſetzen kann *), jenes *Improbi* Vorrecht einer *Befreiung* von der Verbindlichkeit abgeleitet werden könne, jede Verletzung zu vergüten, welche ohne deſſelben böſen Willen, oder ſeine grobe Schuld, *nicht eingetreten ſeyn würde.* Vielmehr muſs man an-

433) Not. 156. pag. 259.

434) §. 1. in fine Inſt. *de poena temere litigant.* 4. 16.

435) L. 79. Dig. *de judiciis.* 5. 1. Dieſes Geſetz ſpricht unſtreitig von dem *eigenen* Reiſeaufwand der ſiegenden Partei. Conf. L. 4. Cod. *de fruct. et lit. exp.* 7. 51. Lauterbach, in diſſ. de expenſis victor. §. 15.

436) L. 15. Cod. *de judiciis.* 3. 1.

*) *weil* der Beſiegte *beſiegt iſt*, und *kein Compenſations-Grund* für ihn ſpricht.

nehmen, daſs auch hier die allgemeinen Geſetze vom Schadens-Erſatz [437]) zur Anwendung kommen können, *will* die ſiegende Partei dortvon Gebrauch machen [438]).

9) Die Wahrheit und Anwendung des Satzes: „der Sieger in der *Wiederklage* könne Vergütung der *in dem Proceſs der Hauptklage* verwendeten Unkoſten verlangen [439]), ſetzt entweder *materielle Connexität* beyder *zugleich verhandelten und entſchiedenen* Rechtsmittel, oder *das* voraus, daſs der Wiederkläger einer von dem ſiegenden Hauptkläger, *als ſolchen*, verſchuldeten malam fidem behauptet und nachgewieſen habe. Denn auſſerdem ſtehet die Rechtskraft des ſelbſtſtändigen Erkenntniſſes über die Convention jener Behauptung um ſo gewiſſer entgegen, weil die Hauptklage als ein *Proviſorium* [440]) ſich nicht anſehen läſst*).

10) Die §. m. n. o. und p. gedachten Fälle des Proceſskoſten-*Vorſchuſſes* von dem Gegner, oder einem Dritten, ſind nicht mit denjenigen Fällen zu verwechſeln,

[437]) Thibaut, in dem Syſt. des Pand. R. §. 275.

[438]) Daſs dieſes ſelten geſchieht, hebt die Geſetze für den nicht auf, welcher ſolche benutzen *will*.

[439]) Hommel, Obſ. 466.

[440]) Hommel, l. c. ſchlieſst von dem §. ee. nr. 18. erwähnten Verhältniſs des poſſeſſorii zu dem petitorio.

*) Allenfalls iſt *der Fall* auszunehmen, wann der Hauptkläger nur durch die *Proceſsform* ſiegt, z. B. durch den gewählten Executivproceſs, die Wieder- oder vielmehr *Nach*klage aber, einer condictio indebiti ähnlich, *das Object jener Vorklage* zurückfordert.

in welchen ein Litigator den Koftenaufwand aus dem in feinem Befitz befindlichen Vermögen eines Dritten herzunehmen, oder diefen auf Erfatz zu belangen, befugt feyn kann [441]).

11) Da das *Mitglied einer moralifchen Perfon* deren legalen Befchlufs als Willen des Corporis fich gefallen laffen mufs, fo wird es durch die Nichtbeiftimmung zu einem auf jene Weife eröffneten Procefs von dem Koftenbeytrag zu diefem, infoferne nicht folcher aus dem Vermögen der Univerfitas beftritten werden kann, nicht frei. Ja es ift fogar das gegen fein Corpus in einem *von diefem* legal befchloffenen Rechtsftreit befangene Mitglied *als folches*, infoferne nicht Rechte der Einzelnen, fondern ein jus *Corporis*, in Frage ftehet, zu jenem Beitrag zwangspflichtig. Denn durch einen folchen Procefs *wird feine Eigenfchaft als Mitglied*, und *deffen* Obliegenheit, *nicht aufgelöfst;* als folches mufs es in den *Gefammtwillen* fich fügen, und, weil es zugleich *zwei* Perfonen in fich vereiniget [442]), gewiffer Mafen *gegen fich felbft* ftreiten [443]).

441) M. f. Leyser, in med. ad Pand. fpec. 86. med. 6. u. 7. u. fpec. 87. med. 1. 2. 3. 6. 7. 8. u. 9.

442) Eben hierdurch wird hier die Anwendung des in der Abh. III. §. b. nr. 2. u. 3. angeführten Grundprincips ausgefchloffen, „dafs der Kläger ein von dem Beklagten verfchiedenes Subject feyn müffe.“ Ift das *Corpus* einer moralifchen Perfon im Procefs befangen, fo find es deswegen nicht auch derfelben *einzelne* Mitglieder, arg. L. 7. §. 1. Dig. *quod cujusque univ. nomine*. 3. 4, und fo oft in *einer* Perfon zwei *verfchiedene Qua-*

12) Sehr bestritten ist auch die Frage: ob das für die ausgeklagte Schuld constituirte Pfandrecht auch auf die *Processkosten* sich *erstrecke*, welche der Gläubiger nachher auf das Ausklagen der Schuld verwenden muss? Es sind hier die nämlichen Principien anzuwenden, welche von der Ausdehnung des Pfandrechts auf die Zinsen der Hauptschuld in den Gesetzen gegründet sich finden, und es ist im allgemeinen wohl rechtlich, dass das Pfand, oder die Hypothek, *schon stillschweigend* auf die *Nebenverbindlichkeiten* sich erstrecke, welche *aus der Natur* des Contracts, aus der Zwangspflicht, diesen *vollkommen* zu erfüllen, hervorgehen, mithin nicht nur auf die Verzugszinsen und *solche* vertragsmäsige Zinsen, welche *bei der* Errichtung des Pfands versprochen wurden [444]), sondern auch

litäten — Status — sich *vereinigen*, wird dieselbe als *duplex persona* beurtheilt, L. 22. pr. Dig. *de his quae ut indignis auf.* 34. 9. §. 4. Inst. *de inofficioso testam.* 2. 18. L. 30. §. 1. Dig. *ejusd. tit.* 5. 2. L. 26. Cod. *de administrat. tutorum.* 5. 37. Mevius, in Decis. P. II. decis. 125. P. III. dec. 321. P. IV. dec. 310. p. VII. dec. 176. p. VIII. dec. 131. Hommel, in Rhaps. qu. for. Obs. 285.

443) A. Faber, in Cod. defin. for. Lib. IX. Tit. XXX. def. 27. Hommel, l. c. Obs. 286. A. M. ist Leyser, in medit. ad Pand. spec. 84. med. 12.

444) L. 6. Cod. *de pignoribus.* 8. 14. L. 4. Cod. *de usuris.* 4. 32. Das letztere Gesetz nimmt nur diejenigen Zinsen, aus, welche erst *nach Ertheilung des Pfandrechts für die Hauptschuld versprochen* wurden. Dieser besondere neue Vertrag läst sich freilich nicht *zurückziehen;* bei dem ursprünglichen Hauptgeschäft lage er ausser dem

auf die *Proceſskoſten* [445]). Denn der Gläubiger ſoll ja ſeine ganze Forderung *aus und von dem Pfand ungemindert* erhalten, und dieſer geſetzliche Zweck des Pfandrechts wird vereitelt, wann derſelbe auf jene Nebenforderungen verzichten, oder den ſäumigen Schuldner auf eigene Koſten zur Erfüllung nöthigen ſoll. Um ſo weniger läſst ſich daher ein haltbarer Grund erfinden, warum ein bey dem Urſprung der Hauptſchuld auch der etwanigen künftigen Proceſskoſten wegen *ausdrücklich* ertheiltes Pfandrecht in einem Concurs der Gläubiger *gemeinem* Recht nach [446]) *nicht zu beachten ſey* [447]).

Conſens der Contrahenten, und es konnte ſich alſo das damals ertheilte Pfandrecht auf den *ſelbſtſtändigen* Nachtrag nicht beziehen ſollen.

[445]) Dieſe ſind ja ein *nothwendiger*, durch den Schuldner ſelbſt veranlaſster, Aufwand auf die Wiedererhaltung des Hauptobjects, ſo daſs die Lex all. 6. Cod. *de pignoribus*. 8. 15. *wenigſtens* analogiſch auf ſie anwendbar iſt.

[446]) Wenn Landesgeſetze ſelbſt die vertragsmäſsigen Zinſen einer Pfandſchuld in dem Concurs nicht begünſtigen, ſo kann daher allerdings auch auf die pfandrechtlich geſicherten Proceſs-Koſten nachtheilig geſchloſſen werden.

[447]) Ueber das Ganze dieſer Streitfrage vergleiche man, Thibaut, Syſt. des Pand. Rechts. §. 646. Litt. not. z. Bülow u. Hagemann, in den pract. Erörter. Thl. I. Erört. LXIV. Gmelin, Ord. der Gläubiger. Cap. II. §. 1. p. 73.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Gensler, Johann Caspar,

Handbuch zu Christoph Martins Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses

Bd.: 1. (1821)

Jena 1821

J.pract. 79 p-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10554068-2